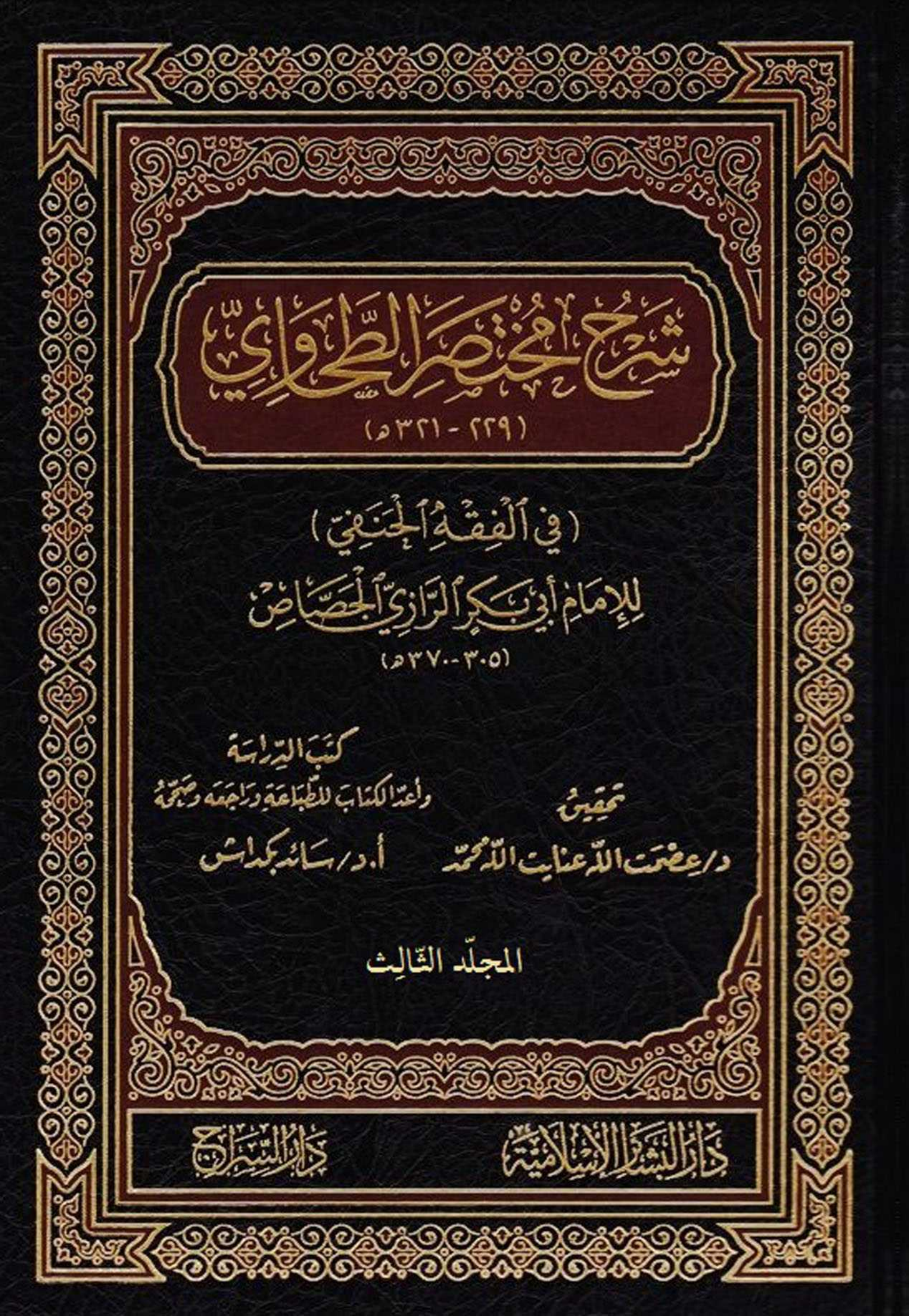


شرح مختصر الطحاوي
(٢٢٩ - ٣٢١هـ)
(في الفقه الحنفي)
للإمام أبي بكر الرازي الجصاص
(٣٠٥-٣٧٠هـ)
تحقيق
د/ عصمت الله عنايت الله محمد
كتب الدراسة
وأعد الكتاب للطباعة وراجعه وصححه
أ.د/ سائد بكداش
المجلد الثالث
دار البشائر الإسلامية
دار السراج

الطّبعة الأولى

١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

شركة دار البشائر الإسلامية
للطباعة والنشر والتوزيع ش.م.م
أسسها الشيخ رمزي دمشقية رحمه الله تعالى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
بيروت - لبنان ص.ب: ١٤/٥٩٥٥ هاتف: ٧٠٢٨٥٧
فاكس: ٧٠٤٩٦٣/ ٩٦١١/٠٠ e-mail: bashaer@cyberia.net.lb

دار السراج - المدينة المنورة
يُطلب الكتاب منها على العنوان التالي:
البريد الإلكتروني SRAJ1000@hotmail.com



(٢٢٩ - ٣٢١هـ)

(في الفقه الحنفي)

للإمام أبي بكر الرازي الجصاص

(٣٠٥-٣٧٠هـ)

المجلد الثالث

تحقيق

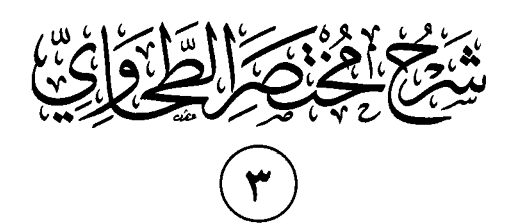
أ.د/ سائد بكداش

أعد الكتاب للطباعة وراجعه وصححه

أ.د/ سائد بكداش



دار البشائر الإسلامية


شرح مختصر الطحاوي
٣

كتاب البيوع

مسألة : [عدم وجوب خيار المجلس إلا بالشرط]

قال أبو جعفر : (وإذا تعاقد الرجلان البيعَ بلا شرطِ خيارٍ: فليس لواحدٍ منهما فسخُه بعد ذلك، تَفَرَّقا بأبدانهما عن مواطن البيع، أو لم يَتَفرَّقا)[1].

قال أحمد : وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[2].

فأباحَ الأكلَ بوجود التراضي عن التجارة، والبيعُ تجارة، فدلَّ علىٰ نفي الخيار، وصحة وقوع الملك للمشتري بنفس العقد، وجوازِ تصرُّفه فيه.

ويدل عليه أيضاً: قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾[3]. وذلك عقدٌ، فيلزم الوفاءُ به بظاهر الآية، وفي إثبات الخيار نفيٌ للزوم الوفاء به.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٧٤.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) المائدة: ١.

وأيضاً: قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[١]، فندَبَ اللهُ تعالىٰ إلىٰ الإشهاد علىٰ العقد توثقةً لهما، ووجوبُ الخيار لكل واحد منهما ينفي معنىٰ التوثقة بالإشهاد، إذْ لا يلزم أحدهما لصاحبه به حق، فلما كان في إثبات الخيار إبطالُ معنىٰ الآية، كان القول بإيجاب الخيار ساقطاً، وحكم الآية ثابتاً.

ومن جهة السنة: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن اشترىٰ طعاماً، فلا يَبِعْه حتىٰ يَقْبِضَه»[٢].

فأجاز بيعه بعد القبض، ولو كان هناك خيارٌ للبيِّع[٣] امتنع جوازُ تصرف المشتري فيه.

«ونهىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتىٰ يَجْرِيَ فيه الصاعان: صاع البَيِّع، وصاع المشتري»[٤].

فأباح بيعَه بعد جريان الصاعين فيه من غير شرط الافْتِرَاق.

ويدل عليه أيضاً: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَنْ باع نخلاً

---

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) صحيح البخاري – مع الفتح – ٣٤٤/٤، صحيح مسلم ١١٦١/٣.

(٣) البيِّع لغة: هو البائع، وستتكرر هذه اللفظة بهذه الصورة كثيراً.

(٤) سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢، سنن الدارقطني ٨/٣، سنن البيهقي ٣١٦/٥، قال البيهقي: «هذا الحديث روي موصولاً من أوجه، إذا ضُمَّ بعضها إلىٰ بعض قَوِي» كما في التلخيص الحبير لابن حجر ٢٧/٣.

قال الحافظ ابن حجر في الدراية ١٥٥/٢: «وأخرجه البزار من حديث أبي هريرة بسند جيد»، وحسَّن إسناده في الفتح ٣٥١/٤.

مؤبَّراً، فثمرتُه للبيِّع إلا أن يشترطه المبتاع، ومَن باع عبداً له مال، فماله للبيِّع إلا أن يشترطه المبتاع»[١].

فأزال ملك البيِّع عن الثمرة والمال بنفس العقد، وأوجبه للمشتري، ولو كان للبيِّع خيارٌ: ما استَحقَّ عليه ذلك بالعقد.

ويدل عليه أيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يَجْزي ولدٌ والدَه إلا أنْ يَجدَه مملوكاً، فيشتريَه، فيعتقَه»[٢].

فأَعْتَقَه عليه بنفس الشراء، مِن غير شرطِ افتراق، فَدَلَّ علىٰ انتفاء الخيار.

ويدل عليه أيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم»[٣]، وكلٌّ واحدٍ منهما قد عَقَدَ علىٰ نفسه التمليك بنفس العقد، فواجبٌ أن يملك به، وأن لا يَقِفَ علىٰ الافتراق.

وكذلك إن شَرَطَ بنفس العقد بيعاً بتاتاً بلا خيار، كان بتاتاً بمضمون

---

(١) صحيح البخاري ٤/٤٠١، صحيح مسلم ٣/١١٧٣.

(٢) صحيح مسلم ٢/١١٤٨.

(٣) أخرجه البخاري معلقاً ٤/٤٥١، وأخرجه الترمذي في جامعه ٣/٦٣٥ وقال: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود ٤/٢٠ وسكت عنه، وأخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٤٩، قال الذهبي في تلخيص المستدرك: لم يصححه، وكثير: ضعَّفه النسائي، ومشَّاه غيره. اهـ.

قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٤/٤٥١: «كثير بن عبد الله: ضعَّفه الأكثر، لكن البخاري ومَن تبعَه كالترمذي وابن خزيمة يقوون أمره». اهـ وينظر التلخيص الحبير ٣/٢٣.

الخبر، وليس نفي الخيار من الشروط الفاسدة فيفسده، وإذا انتفىٰ ثبوت الخيار في هذا الوجه، انتفىٰ بنفس العقد وإن لم يكن شَرَط؛ لأن أحداً لم يفرِّق بينهما[١]، ولأن دخوله في العقد رضا بإيجاب الملك من غير خيار.

* ومن جهة النظر: إن النكاح، والخلع، والعتق علىٰ مال، والكتابة متفق[٢] علىٰ صحة وقوعها بالعقد من غير خيار، فوجب أن يكون البَيْعُ مثله، والمعنىٰ الجامع بينهما: أنَّ العاقد راضٍ بما تضمَّنه عقدُه من إيجاب الملك من غير شرط خيار.

وأيضاً: يَجمع بينهما بأنه عَقْد معاوضة لم يُشترط فيه خيار، فلا يجب به خيار المجلس.

وأيضاً: فلو وجب الخيار بالعقد، لما صحَّ عقد الصرف؛ لأن شرط صحته وتمامه أن يفترقا عنه وليس بينهما شيء، كما رُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حديث ابن عمر أنه قال في الدراهم بالدنانير: «لا بأس به ما لم تفترقا، وليس بينكما شيء»[٣].

---

(١) أي في حالة اشتراط البيع بتاتاً، وحالة عدم هذا الشرط، لأن الدخول في العقد أصلاً هو رضا بإيجاب الملك من غير خيار، والله أعلم.

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ١/٢٠٩.

(٣) سنن النسائي ٧/٢٨١، سنن الترمذي ٣/٥٤٤ وقال: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سِمَاك بن حرب، وروي موقوفاً علىٰ ابن عمر. اهـ، سنن أبي داود ٣/٦٥٠، المستدرك ٢/٤٤ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وصححه ابن حبان (موارد الظمآن) رقم ١١٢٨، وقد حسَّن هذا الحديث السبكي في تكملته لمجموع النووي ١٠/١١١.

هذا عن تخريجه وحكمه، أما عن وقفه ورفعه، فقد رجَّح رفعَه ابنُ الملقن في تحفة المحتاج ٢/٢٣٣، وكذلك ابنُ الهمام في فتح القدير ٦/١٤٢، أما ابن حجر =

فلو وجب الخيار لم يملك واحدٌ منهما علىٰ صاحبه بالعقد، وافتراقُهما قَبْل تمام الملك يُبْطل الصرف، فلا يجوز أن يكون السببُ الذي يبطلُ به العقد قبل تمامه، هو الذي يصححه قبل تمامه.

[الجواب عن أدلة القائلين بوجوب خيار المجلس]

وأما ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرَّقا»[1].

فإنه رواه ابن عباس، وحكِيم بن حزام، وابن عمر، وأنس، وسَمُرة، وعبد الله بن عَمْرو عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بألفاظٍ مختلفة، ليس في شيءٍ منها ما يدل علىٰ خلاف قولنا، بل فيها ما يدل علىٰ صحة مذهبنا.

وذلك لأن قوله: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرَّقا»: إذا حُمِل علىٰ حقيقته يتناول حالَ العقد قبل وقوعه وتمامه؛ لأن هذا الاسم إنما يستحقه فاعلُه في حال الفعل، كما يقال: المتقابلان، والمتضاربان: يتناول ذلك حال فعلهما، ومتىٰ انقضت حالُ الفعل، لم يسمَّيا بذلك إلا مجازاً.

ويدل علىٰ ذلك: أنهما لو تفَاسَخَا العقدَ بعد صحته، كانا متفاسخين علىٰ الحقيقة، ولا جائز أن يكونا متبايعين متفاسخين في حالٍ واحدةٍ علىٰ الحقيقة، فدلَّ ذلك علىٰ أن انقضاء حال البيع يُخرجهما من أن يكونا متبايعين علىٰ الحقيقة، وإنما يقال: إنهما كانا متبايعين.

ويصح أن يقال: هما متبايعان إذا دَخَلاَ في سَوْم البيع، كما روي عن

فقد رجَّح وقفه، كما في الدراية ١٥٥/٢، وقد توسع في الكلام عنه الزيلعي في نصب الراية ٣٣/٤، وابن حجر في التلخيص الحبير ٢٥/٣.

(١) صحيح البخاري ٣٢٦/٤، صحيح مسلم ١١٦٣/٣.

النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا يبيعنَّ أحدُكم علىٰ بيع أخيه»[(١)].

وروي في لفظٍ آخر: «لا يسومَنَّ أحدُكم علىٰ سَوْم أخيه»[(٢)].

فعبَّر تارة بلفظ البيع، وتارة بلفظ السَّوْم، فدلَّ علىٰ أن أحدَ اللفظين ينبىء عن معنىٰ الآخر.

ويدل عليه حديث عبد الله بن دينار، ونافع عن ابن عمر أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «كلُّ بيِّعين فلا بَيْع بينهما حتىٰ يفترقا، إلا بيعَ الخيار»[(٣)].

فنفىٰ وقوعَ البيع إلا بعد الافتراق، فعَلِمْنَا أن مراده السَّوْم؛ لأنهما إذا تعاقدا بتراضيهما، فالبيع واقعٌ لا محالة، ووجوب الخيار لا ينفي وقوع البيع، ولا يسلبه اسمه.

ألا ترىٰ إلىٰ قوله: «إلا بَيْعَ الخيار»: فأثبتَه بيعاً مع الخيار، فدلَّ علىٰ أن قولَه: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرَّقا»: إنما أراد به حالَ البيع، وهو السَّوْم.

[معنىٰ التفرُّق بين المتبايعين]

والفُرْقة المذكورة في قوله: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرَّقا»: عندنا علىٰ وجهَيْن:

---

(١) صحيح البخاري ٣٥٢/٤، صحيح مسلم ١١٥٤/٣ كلاهما بلفظ «لا يبع بعضكم...».

(٢) صحيح البخاري ٣٢٤/٥، صحيح مسلم ١١٥٤/٣ كلاهما بلفظ «نهىٰ أن يستام الرجل علىٰ سوم أخيه».

(٣) صحيح البخاري ٣٢٦/٤، صحيح مسلم ١١٦٣/٣، وقد جاء في الأصل: (نافع عن عمر)، والتصويب من كتب السنن.

يجوز أن يريد بها فُرقة الأبدان، ويجوز أن يريد فُرقة الأقوال:

فمتىٰ أراد فُرقة الأبدان: كان معناه أن كلَّ واحدٍ من المتعاقدين إذا قال لصاحبه: قد بعتُك هذا العبد: فله قبوله في المجلس ما لم يفارِقْه، ولهذا الرجوعُ فيه قبل قبول الآخر، فإن افترقا قبل القبول، وتمام البيع، لم يكن له القبول، وانفسخ الإيجاب، وأفادنَا بذلك أن هذا الخيار مقصور علىٰ المجلس دون غيره.

وأما فُرقة القول: فهي أنه إذا قال له: قد بعتُكَ هذا العبد: فله الرجوع فيه قبل قبول الآخر، فإن قَبِلَه الآخر، فقد فارقه بالقول، فلا خيار له بعد ذلك.

وأفاد به الفَرْق بين البيع، وبين العتق علىٰ مال، والخلع؛ لأنه لو قال لعبده: أنتَ حُرٌّ علىٰ ألف درهم: كان للعبد القبول في المجلس، وليس للمولىٰ الرجوع فيه قَبْل قبول العبد.

وقد يجوز أن يسمىٰ ذلك فرقة وإن لم يفترقا من المجلس، كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾ [1]، ومعلومٌ أنه لم يُرِدْ تفرّق الأبدان.

ويقول القائل: اجتمع القوم علىٰ كذا، وافترقوا علىٰ كذا: وهم حضورٌ في المجلس.

ويدل علىٰ صحة تأويلنا: حديثُ ابنِ عَجْلَان عن عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرَّقا، إلا أن تكون صفقةَ خيار، ولا يحل له أن يفارق

(١) البينة: ٤.

صاحبه خشية أن يَستقيله»[١].

فقوله: «بالخيار ما لم يتفرَّقا»: معناه تفرُّق الأقوال؛ لأنه لو أراد التفرُّق بعد البيع، لم يصح معه معنىٰ قوله: «خشية أن يستقيله»؛ لأن الاستقالة لا تكون إلا في بيع البتات الذي لا خيار فيه، لأن الاستقالة هي مسألتُه الإقالةَ، ووجوبُ الخيار لكل واحد منهما، ينافي ذلك، فثَبَتَ أن قوله: «ما لم يتفرقا»: معناه تفرق القول.

ثم قال: «ولا يحل له أن يفارقه ببدنه، خشية أن يندم، فيستقيله»: وليس ذلك علىٰ جهة التحريم، إنما هو علىٰ جهة الندب والحث علىٰ سماحة الأخلاق.

وقد روي عن عمر أنه قال: «البَيْع صفقةٌ، أو خيار»[٢]، فنفىٰ[٣] وجوب الخيار، موقوعَ الصفقة، إلا مع الشرط.

قال أبو جعفر في فرقة الأبدان نحو ما ذكرنا.

---

(١) أصل الحديث: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرَّقا»، هو في الصحيحين، كما تقدم، واللفظ الذي أورده المصنف أخرجه النسائي ٧/٢٥١، وأبو داود ٣/٧٣٦، والترمذي ٣/٥٥٠ وقال: حديث حسن.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٧/١٢٧، مصنف عبد الرزاق ٨/٥٣، سنن البيهقي ٥/٢٧٢، وضعفه البيهقي وقال: قد ذهب كثير من أهل العلم إلىٰ تضعيف الأثر عن عمر، وقد تكلم عن ضعفه أيضاً ابن حزم في المحلىٰ ٨/٣٦٣، والزيلعي في نصب الراية ٤/٣، وينظر الأم للشافعي ٣/٩، لكن قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني في الحجة علىٰ أهل المدينة ٢/٦٩١ عن أثر عمر هذا بأنه معروف مشهور. وانظر إعلاء السنن ١٤/٢٥ فقد ذكر له عدة طرق، وناقش مَن تكلم في ضعفه، مرجحاً قبوله.

(٣) في الأصل: (فبقي).

* **وقال**: (إنما يجوز له القبول من صاحبه ما لم يكن أَخَذَ في عملٍ آخر، أو كلامٍ آخر)، وذلك لأن الإيجاب يقتضي جواباً من الموجَب له، فإذا اشتغل عن الجواب، وأعرض عنه، فكأنه قد فَسَخَه، واختار تَرْكه.

مسألة: [مدة خيار الشرط]

قال أبو جعفر: (ولا يجوز اشتراطُ الخيار في البَيْع أكثر من ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد أكثر من ثلاثة أيام إذا كان إلىٰ نهاية معلومة).

وَجْه قول أبي حنيفة: «نهيُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع الغَرَر»[1]، والبيعُ علىٰ شرط الخيار فيه تجوُّزٌ؛ لأنه لا يدري ما الذي يحصل له به: المبيع أو الثمن؟ فاقتضىٰ عمومُه بطلانَ البيع علىٰ شرط الخيار في قليلِ المدة وكثيرِها، فلمَّا روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه جعَلَ رجلاً بالخيار في كل بَيْع يشتريه ثلاثة أيام»[2]، واتفقت الأمة[3] علىٰ جوازه، خصصناه من عموم الخبر، وبقي ما عدا الثلاثة محمولاً علىٰ لفظ الخبر.

---

(١) صحيح مسلم ١١٥٣/٣.

(٢) سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢، المستدرك للحاكم ٢٢/٢، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، سنن الدارقطني ٥٥/٣، سنن البيهقي ٢٧٣/٥، نصب الراية ٦/٤، التلخيص الحبير ٢١/٣.

وذكره الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٣٣٧/٤ في زيادات الباب ضِمْنَ الفوائد المتنية والإسنادية، فهو صحيح أو حسن علىٰ قاعدته في هذه الزيادات، وقد ذكر هذه القاعدة في مقدمته للفتح (هدي الساري) ص٤.

(٣) بداية المجتهد ٢٠٩/٢.

ولأبي يوسف ومحمد: أن الغرر فيما عدا الثلاثة كهو في الثلاثة، فلما جاز بشرط الثلاثة، جاز ما فوقها.

ولأبي حنيفة: أن زيادة المدة في الخيار زيادة في الغرر، ألا ترىٰ أن الصرف قد عُفِيَ فيه عن ترك القبض مقدار المجلس، ولم يجز أكثر منه.

مسألة:

قال أبو جعفر: (وعِتْق المشتري فيما فيه شَرْطُ الخيار للبيِّع: باطل)

وذلك لأن شَرْط الخيار يمنع خروجه من ملكه؛ لأنه حين شَرَطَ الخيار لنفسه، لم يَرْضَ بخروجه من ملكه إلا بعد بطلان الخيار، فلم يجز عِتْق المشتري فيه، لأنه غيرُ مالك.

وعِتْق المشتري فيما له فيه الخيار جائز؛ لأنه قد خَرَج من ملك البيِّع، وانقطعت حقوقه عنه، وبقي موقوفاً لم يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة، فإذا أعتقه فقد رضي بإدخاله في ملكه، فنَفَذَ عتقه فيه، وتمَّ البيع.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو في ملكه، فيجوز عتقه منه أيضاً.

مسألة: [ضمان العبد المشترَىٰ إذا مات حال الخيار]

قال: (وإن مات في يد المشتري فيما له فيه الخيار، كان عليه ثمنه للبيِّع).

قال أحمد: يعني إذا لم يكن خيار البَيْع مشروطاً معه، وذلك لأنه لزمه البَيْع بموته.

وإنما لزمه البَيْع؛ لأن العبد صار معيباً في آخر أجزاء حياته قبل الموت، ومتىٰ حَدَث به عيب في يد المشتري، بَطَل خيار المشتري؛ لأنه لا يمكنه رده معيباً علىٰ البيِّع، وقد قبضه صحيحاً، فتمَّ البَيْع فيه قبل الموت لما وصفنا.

[مسألة :]

قال أبو جعفر : (وإن مات في يد المشتري ما لبيِّعه فيه الخيار: كان عليه ضمان قيمته).

وذلك لأنه مات علىٰ ملك البيِّع، لما بيَّنَّا من أن خيار البيِّع يُبقي الشيء علىٰ ملكه، وحصوله معيباً في آخر أجزاء حياته لا يبطل خيار البيِّع، ألا ترىٰ أنه لو حدث به عيب في يد المشتري، كان خيار البيِّع باقياً في إجازته أو فسخه، فلما كان كذلك، ثم مات قبل بطلان خيار البيِّع، مات علىٰ ملك البيِّع، وبطل البيع؛ لأنه لا يصح نَقْل الملك فيه بعد الموت، وقد قبضه المشتري مضموناً، فيضمن قيمته؛ لأن الثمن لا يلزم إلا مع صحة البيع.

مسألة : [خيار الشرط لا يورث]

قال أبو جعفر : (والخيار لا يُورَث).

وذلك لأن خيار الشرط حقٌّ [لا][1] يملك به، فأشبه خيار القبول، وأشبه أيضاً الوصية، أن للموصي الخيار في فسخها قبل الموت، ولا ينتقل هذا الخيار إلىٰ وارثه، للعلَّة التي ذكرناها.

وأيضاً: فإن الخيار مشروط للفسخ، لا للإجازة، ألا ترىٰ أن مضيَّ المدة يوجب جواز البيع، فصار خيار الشرط بمنزلة إيجاب الإقالة، فلو قال: لقد أقلتُك: ثم ماتَ قبل أن يَقْبَلها: لم ينتقل الخيار إلىٰ وارثه، كذلك ما وصفنا.

---

(١) ساقطة من الأصل، وفي شرح الإسبيجابي علىٰ مختصر الطحاوي ١/ لوحة ١٤٦/ ب: «ولا يوجب الملك للمشتري قبل قبول صاحبه، ولا يكون موروثاً».

وليس خيار الشرط بمنزلة خيار العيب؛ لأن خيار العيب يتعلق وجوبه بفَوات جزءٍ من المبيع، فله الخيار في استدراكه، ألا ترىٰ أن العبد لو مات في يده قبل الرد، رجع بأرش العيب، فلما كان خيار العيب قد يصير مالاً، انتقل إلىٰ الورثة، وخيار الشرط ليس بمال، ولا يصير مالاً، وكذلك خيار الرؤية، فلذلك افترقا.

* * * * *

باب الربا والصرف

مسألة : [بيع الذهب بالذهب]

قال أبو جعفر : (ولا يجوز بيع الذهب بالذهب إلا مِثْلاً بمِثْل، وكذلك الفضة بالفضة، ويتقابضان قبل أن يفترقا).

قال أحمد : وروَىٰ تحريمَ التفاضلِ في الذهب بالذهب، والفضة بالفضة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم جماعةٌ[١]، حتىٰ صار وروده من طريق التواتر الموجِب للعلم.

منهم أبو بكر، وعمر، وابن عمر، وعثمان، وعُبَادة بن الصامت، وأبو سعيد الخدري، وأبو هريرة، وفَضَالة بن عُبَيْد، ورُوَيْفع بن ثابت، وأنس بن مالك، وأبو بكْرة، والبراء بن عازب.

وقد كان ابن عباس يُجيز التفاضل في الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، يداً بيد، ويَروي فيه عن أسامة بن زيد أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا ربا إلا في النَّسيئة»[٢]، ثم لمَّا تواتر عنده الخبر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بتحريم التفاضل في الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، رَجَعَ إليه، وترك قولَه الأول[٣].

---

(١) صحيح البخاري ٣٧٩/٤، صحيح مسلم ١٢٠٨/٣.

(٢) صحيح البخاري ٣٨١/٤، صحيح مسلم ١٢١٨/٣.

(٣) كما في مصنف عبد الرزاق ١١٧/٨، سنن ابن ماجه ٧٥٩/٢، شرح معاني الآثار ٦٨/٤، ٧١، المستدرك للحاكم ٤٢/٢، سنن البيهقي ٢٨٢/٥، لكن في =

قال جابر بن زيد: رَجَعَ[(١)] ابنُ عباسٍ عن قوله في الصرف، وفي المتعة.

وقال محمد بن سِيْرين: أَشهدُ علىٰ اثني عشر من أصحاب ابن مسعود شهدوا ابنَ عباس حين رَجَعَ عن الصَّرْف، منهم عَبِيْدة السَّلْمَاني[(٢)].

وخبر أسامة بن زيد عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا ربا إلا في النسيئة»: غير منافٍ للأخبار الأُخر، لاحتمال كون مراده في الجنسين، نحو الذهب بالفضة، والفضة بالذهب.

مسألة: [بيان علة الربا]

قال أبو جعفر: (ويدخل الربا في كل مكيل وموزون، مأكولاً كان أو غير مأكول).

قال أحمد: الربا اسمٌ مُجْمَلٌ في الشرع، يتناول معاني مختلفة، فقد يكون الربا في التفاضل، إذا كان علىٰ وَصْف، وقد يكون في النسيئة، وقد يتناول ضرباً من الجهالة فيما في الذمة، فهو لفظ مُجْمَل يجب استعمال

مصنف عبد الرزاق ٨/١١٨ ذكر أثراً آخر أنه لم يرجع، ولهذا قال الحافظ ابن حجر: اختُلِفَ في رجوعه، كما في الفتح ٤/٣٨٢، ثم ذكر حديث الحاكم في المستدرك في رجوعه، مما يشعر بترجيحه قول الرجوع، وأيضاً فإن رواية ابن ماجه عنه فيها تصريح تام برجوعه.

(١) في الأصل: (ترك)، وفي أحكام القرآن للجصاص ١/٤٦٦ بلفظ (رجع)، وهي أصح والله أعلم، وينظر في رجوع ابن عباس رضي الله عنهما عن المتعة: فتح الباري ٩/١٧٣.

(٢) ينظر حاشية (٣) في الصفحة السابقة.

حكمه علىٰ حسب قيام الدلالة.

وقد ثبت عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بأخبارٍ مستفيضة شائعة[١]، النصُّ علىٰ تحريم التفاضل في ستة أشياء: الذهب، والفضة، والبُرُّ، والشعير، والملح، والتمر.

رواه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم عمرُ بن الخطاب وعُبادة بن الصامت، وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهم.

* واتفق الفقهاء[٢] علىٰ استعماله، ثم اختلفوا في العلة الموجبة لتحريم البيع عند وجود التفاضل في هذه الأصناف:

فقال أصحابُنا: علة تحريم البيع في ذلك زيادة كيل في جنس، ووزن في جنس.

وقال آخرون: العلة في تحريم البيع في هذه الأشياء المذكورة في الخبر ـ ما عدا الذهب والفضة ـ كونه مقتاتاً مدَّخراً في جنس.

وقال آخرون: مأكولٌ في جنس.

فاتفق الجميع علىٰ اعتبار الجنس في إيجاب تحريم التفاضل، واختلفوا في المعنىٰ المضموم إليه علىٰ الوصف الذي قدَّمنا، وأنا أذكرُ بعضَ ما يدل علىٰ صحة اعتبار أصحابنا من جهة العموم، ثم أُعقبه بتصحيح اعتلالنا من طريق النَّظَر.

فأَحَدُ ما يُحْتَجَّ به في ذلك: ما حدثنا عبد الباقي بن قَانِع قال: حدثنا

---

(١) صحيح البخاري ٤/٣٧٧، وصحيح مسلم ٣/١٢١٠.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/١٢٤.

موسىٰ بن الحسن عن أبي عباد قال: حدثنا القَعْنَبِي قال: حدثنا سليمان بن بلال عن عبد المجيد[١] بن سُهيل بن عبد الرحمن بن عوف أنه سَمِع سعيد بن المسيب يحدث أن أبا هريرة وأبا سعيد حدَّثاه «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بعث أخا بني عدي من الأنصار أمَّره علىٰ خَيْبَر، فَقَدِم عليه بتَمْر، فقال له النبي صلىٰ الله عليه وسلم: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟

قال: لا والله يا رسول الله، إنَّا لنشتري الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة.

فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: لا تفعلوا، ولكن مِثْلاً بمِثْل، أو بِيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان»[٢].

فقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «وكذلك الميزان»: عمومٌ في تحريم التفاضل في سائر الموزونات، إذ كان معلوماً أنه لم يُرِدْ بقوله: «وكذلك الميزان»: ما تُوزَن به الأشياء، وإنما أراد الموزونات، وإذا ثَبَتَ ذلك في الموزونات، كان المكيل مثلها؛ لأن أحداً لم يفرِّق بينهما[٣].

وقد انتظم هذا الخبر أحكاماً:

أحدها: تحريم التفاضل في التمر بالتمر.

والثاني: بيان حُكْمه صلىٰ الله عليه وسلم في الموزونات.

والثالث: إباحة الحِيْلة في التوصُّل إلىٰ جواز البيع.

---

(١) في الأصل: (عبد الحميد)، والصواب عبد المجيد، كما هو في سند الحديث عند البخاري ومسلم.

(٢) صحيح البخاري ٤/٣٩٩، و١٣/٣١٧، صحيح مسلم ٣/١٢١٥.

(٣) المغني ٤/١٢٨، الإفصاح لابن هبيرة ١/٢١٣.

وقد رَوىٰ عبد الرزاق عن معمر عن يحيىٰ بن أبي كثير عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن عن أبي سعيد الخدري «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم دخل علىٰ بعض أهله، فوجد عندهم تمراً أجود من تمرهم، فقال: مِن أين هذا؟

فقالوا: أَبْدَلْنا صاعين بصاع، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: لا يصلح صاعان بصاع، ولا درهمان بدرهم»[1].

وقوله: «لا يصلح صاعان بصاع»: عمومٌ في تحريم المكيلات متفاضلة؛ لأنه معلومٌ أنه لم يُرِدْ به الصاعَ الذي يكال به.

فإن قيل: هو راجعٌ إلىٰ التمر الذي خَرَجَ الكلام عليه.

قيل له: لا يجوز أن تقصره عليه مع عموم لفظه إلا بدلالة.

ويدل عليه أيضاً: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا إبراهيم ابن مروان الواسطي قال: حدثنا يحيىٰ بن زكريا حَيُّويَه[2] قال: حدثنا خلف بن خليفة عن أبي جَنَاب عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين، ولا الدينار بالدينارين، ولا الصاع بالصاعين، إني أخاف عليكم الرَّمَاء، وهو الربا.

فقام إليه رجل، فقال: يا رسول الله! الرجل يبيع الفَرَسَ بالأفراس،

---

(١) صحيح البخاري ٤/٣١١، صحيح مسلم ٣/١٢١٦.

(٢) في الأصل: (زكريا بن يحيىٰ حمويه)، والتصويب من تقريب التهذيب ص٥٩٠ حيث إن لقب يحيىٰ هو حيويه.

والبُخْتِيَّة[١] بالإبل، قال: لابأس إذا كان يداً بيد»[٢].

فقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «ولا الصاع بالصاعين»: ينتظم جميعَ المكيلات.

وهذا الحديث أيضاً يدل علىٰ امتناع السَّلَم في الحيوان؛ لأنه حين سئل عن بيع الفَرَس بالأفراس، والبُخْتِيَّة بالإبل، أجازه علىٰ شَرْط أن يكون يداً بيد.

* ويدل علىٰ أن اعتبار الكيل والوزن أَوْلىٰ من غيرهما: قوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب وَزْناً بوزن، مِثْلاً بمِثْل، والبُرُّ بالبُرِّ مِثْلاً بمِثْل، كيلاً بكيل»[٣].

---

(١) البختية: هي الأنثىٰ من الجِمال البُخت، والذكر: بُخْتي، وهي جمال طِوال الأعناق، النهاية ١/١٠١، مختار الصحاح (بخت).

(٢) الجزء الأول من الحديث رواه مسلم ٣/١٢٠٩ بلفظ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين»، ورواه بهذا اللفظ الإمام أحمد في المسند ٢/١٠٩، وقال في مجمع الزوائد ٤/١٠٥: رواه أحمد والطبراني في الكبير، وفيه أبو جَنَاب الكلبي، وهو مدلس ثقة. اهـ. وذكره ابن حبان في الثقات ٧/٥٩٧، وفي تقريب التهذيب ص ٥٨٩: أبو جناب يحيىٰ ابن أبي حَيَّة: ضعفوه لكثرة تدليسه اهـ. وقد اعتمد الشيخ أحمد شاكر ضعف أبي جناب، وحكَم بضعف السند، ثم قال: وللحديث أصل، ثم ساق عدة أحاديث في ذلك، كما في تحقيقه لمسند الإمام أحمد ٨/١٤٤.

(٣) الجزء الأول من الحديث في صحيح البخاري ٤/٣٧٩، صحيح مسلم ٣/١٢١٢ وبلفظ: «الذهب بالذهب وزناً بوزن، والفضة بالفضة وزناً بوزن، والبر بالبر كيلاً بكيل، والشعير بالشعير كيلاً بكيل، والتمر بالتمر...» رواه البيهقي في سننه =

فأوجب استيفاء المماثلة في الموزون من جهة الوزن، وفي المكيل من جهة الكيل، فدلَّ علىٰ كونهما عَلَمَاً لتحريم التفاضل أَوْلىٰ من غيرهما.

* ويدل علىٰ ما ذكرنا من جهة النَّظَر: أنا لما اعتبرنا علل القايسين علىٰ الحد الذي بيَّنَّا، وجدنا لعِلَّتنا تأثيراً في جواز البيع وفساده، ألا ترىٰ أن وجودَ زيادة الكيل في الجنس يمنع جواز البيع، وعدمَها يوجب جوازه، ولم نجد هذه المزية للقوت والادِّخار، ولا للأكل.

ألا ترىٰ أن المأكولَيْن قد يتفاضلان في كونهما مأكولَيْن، ثم لا يؤثر ذلك في جواز البيع ولا فساده، وكذلك المقتاتان، فوَجَبَ بذلك أن يكون اعتبار الكيل والوزن في تحريم البيع عند وجود التفاضل أَوْلىٰ.

وإنما كان هذا الضرب من التأثير موجِباً لترجيح الاعتلال، مِن قِبَل أنَّ العِلَلَ هي المعاني التي تتعلق بها الأحكام، فما كان لها تأثير فيها، فهو أَوْلىٰ بالاعتبار.

فإن قيل: قد يتعلق الحكم بالأكل أيضاً، بدلالة أنه لو اشترىٰ حِنطة، فوجَدَها عَفِنَة فاسدة، كان له الخيار في الردِّ، لأجل نقصانها في باب الأكل عما اقتضاه العقد.

قيل له: لم يتعلق هذا الحكم بالأكل، وإنما تعلَّق بنقصان قيمتها عما أوجبه له العقد، وإنما هو خيار العيب، وذلك حُكْمٌ به جاز في سائر المبيعات، مأكولاً كان أو غير مأكول، ألا ترىٰ أن الثياب والعبيد، وسائر

٥/٢٩١، وقال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/٢١٠: إسناده جيد، وينظر: نصب الراية ٤/٤.

المبيعات بمنزلتها من هذا الوجه، فلم يكن للأكل تأثير فيه، ليس لغيره.

وقد اتفق الجميع[١] علىٰ أن هذا الضرب من الحكم لا تأثير له في وجوب تحريم البيع، لأجل وجود التفاضل.

فصل:

وقد احتج المخالف لنا بعمومٍ ونَظَر، فأما العموم: فقوله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾[٢]، فانتظم جميع المأكولات.

وبحديث بُسْر بن سعيد عن معمر بن عبد الله أنه كره بيع الحنطة بالشعير إلا مِثْلاً بمِثْل، وقال: سمعتُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ينهىٰ عن بيع الطعام إلا مِثْلاً بمِثْل، قال: قلت: إنه ليس مِثْله[٣]، قال إني أخاف أن يُضَارِع[٤]»[٥].

---

(١) المغني ٤/١٢٤.

(٢) آل عمران: ١٣٠.

(٣) أي ليس الشعير من جنس الحنطة حتىٰ يشترط تماثلهما في القَدْر، فكلٌّ منهما جنس مستقل.

(٤) يضارع: أي يشابه الشعيرُ البُرَّ، فيَحْرم الربا والفضل فيه، كما في مجمع بحار الأنوار للفتني ٣/٤٠١، وفي النهاية لابن الأثير ٣/٨٥: «يشبه فعلك الرياء» قال محقق النهاية في حاشية (٣): (في «الربا» والمثبت من الأصل واللسان ا.هـ). قلت: وواضح تماماً أن الرياء هنا غير وارد، والصواب أن يُثبت: «الربا»، والله أعلم.

وقال النووي في شرح صحيح مسلم ١٠/٢٠: معنىٰ يضارع: يشابه ويشارك، ومعناه: أخاف أن يكون في معنىٰ المماثل، فيكون له حكمه في تحريم الربا.

(٥) صحيح مسلم ٣/١٢١٤.

وأما النظر: فهو أن كونه مأكولاً صفة لازمة للمأكولات، والكيل والوزن صفتان قد يفارقان المكيلات والموزونات مع وجود أعيانها؛ لأنهما يلزمانها بجريان العادة بالوزن والكيل.

ومن جهة أخرىٰ: إن علة الكيل والوزن مقصورة علىٰ بعض المنصوص دون بعض، وعلة الأكل تعم جميعه.

والجواب: أن قوله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾: ليس بعموم؛ لأنه مُجْمَلٌ يَحتاج إلىٰ بيانٍ في استعمال حُكْمِه، لِمَا بيَّنَّا فيما سلف من أن الربا اسمٌ يقع في الشرع علىٰ معانٍ لم تتناولها اللغة قبل مجيء الشرع، فتحتاج أن تُثبتَ أولاً أنه رباً، حتىٰ يتعلق به حكم التحريم.

فإن قيل: كيفما تصرَّفَتِ الحال، فالحظر إنما يتناول المأكول.

قيل له: إنما يتناول مأكولاً حَصَّل ربا، فينبغي أنْ تُثْبِتَ أنه رباً.

وأيضاً: قد ثبتت الربا في المأكولات إذا كانت مكيلة أو موزونة، ومتىٰ أوجبنا ذلك، فقد قضينا عُهدة الآية.

وأما حديث معمر بن عبد الله في نهي النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع الطعام بالطعام، فإنه لفظ مخصوص في العُرْف، يتناول أشياء مخصوصة من المأكول دون جميعه.

يدل علىٰ ذلك ما حُدِّثْنا عن محمد بن علي بن زيد الصائغ قال: حدثنا سعيد بن منصور، وحُدِّثْنا عن يوسف بن يعقوب قال: حدثنا أحمد بن عيسىٰ قالا: حدثنا عبد الله بن وهب قال: أخبرني عَمرو بن الحارث أنَّ أبا النضر حدَّثَه أن بُسْر بن سعيد حدثه عن معمر بن عبد الله، وذكر الحديث إلىٰ أن قال:

سمعت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول: «الطعام بالطعام مِثْلاً بمِثْل، وكان طعامنا يومئذ الشعير»[١].

وكما روىٰ أبو سعيد الخدري قال: «كان طعامنا التمر والزبيب والشعير، وكنا نُخْرِج من كل ذلك صاعاً في صدقة الفِطر»[٢].

فإنما يتناول اللفظ ما كانوا يتعارفونه طعاماً، وليس في عادة أحدٍ من الناس تسمية السَّقَمُونْياء[٣] والأدوية المأكولة طعاماً.

ألا ترىٰ أن سوق الصيادلة لا يسمىٰ سوق الطعام، وإنما يسمىٰ بذلك السوق التي تباع فيها الحنطة، فانصرف اللفظ إلىٰ ما كان متعارفاً معتاداً منه.

وأما قولهم: إن الأكل صفة لازمة للمأكول، فهو أَوْلىٰ بكونه علة، فكلام فارغ لا معنىٰ تحته؛ لأن العِلل قد تكون لازمة، وقد يضاف المعلول فيكون الحكم متعلِّقاً بها إذا وُجدت؛ لأن العلةَ بعضُ أوصاف المعلول، ثم لا يبالىٰ إذا كان ذلك الوصف لازماً له لا يفارقه، أو قد يفارقه في حال، ويلزمه في أخرىٰ.

ألا ترىٰ أن السَّوْمَ عندنا جميعاً علةٌ في وجوب الزكاة في الماشية، وهو قد يفارقها، فلا تكون سائمة، والشدة علة في تحريم الخمر، وقد

---

(١) تقدم وأنه في صحيح مسلم ٣/١٢١٤.

(٢) صحيح البخاري ٣/٣٧٥.

(٣) بفتح السين والقاف والمد، قيل: يونانية، وقيل: سريانية، كما في المصباح المنير (سقم)، وهي نبات يستخرج منه دواء مسهِل للبطن، ينظر تاج العروس (سقم).

يفارقها، فتخرج من أن تكون خمراً.

وقد اعتبر مخالفُنا في نَفْي زكاة الحُلِيِّ معنىٰ الاستعمال، وهو يفارق العين، فتكون تارة حلياً للاستعمال، وتارة دراهم ودنانير.

وعِلّتنا فيها كونُها ذهباً أو فضة، فهذه صفة لا تفارقها، فيجب أن تكون أَوْلىٰ بالاعتبار من علة الاستعمال.

ولا نعلم أحداً يقول: شرط العلة أن يكون وصفاً لازماً للأصل المعلول، بل لو قال قائل: الوصف الذي يفارق المعلول في حال، ويلزمه في أخرىٰ: أَوْلىٰ بأن يكون علة مما لا يفارقه، كان قوله أشبه، وإن لم يكن واحد من القولين عندنا سديداً.

وأما قولهم: إن علة الكيل مقصورة علىٰ بعض المنصوص، لتجويز التمرة بالتمرتين، وأن علتهم تَعُمُّ جميعَ المنصوص: فلا معنىٰ له أيضاً؛ لأن المنصوص لا يَحتاج في إثبات حكمه إلىٰ علة، وإنما العِلل يُحتاج إليها لغير المنصوص، ليقاس بها علىٰ المنصوص، فأما المنصوص عليه فمستغنٍ بدخوله تحت النص عن الاعتلال له.

وإجازتنا التمرة بالتمرتين، والبُرَّة[1] بالبُرَّتين، فغير متعلق بشيءٍ مما نحن فيه؛ لأنا إنما قَصَرْنا حُكْمه علىٰ ما وصفنا بما دل عليه فحوىٰ خطابه عليه الصلاة والسلام، وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «التمر بالتمر كيلاً بكيل، والبُرُّ بالبُرِّ مِثْلاً بمِثْل، كيلاً بكيل»[2].

فلما شَرَط استيفاء المماثلة من طريق الكيل، لم يدخل في حكم اللفظ

---

(١) الواحدة من القمح، وجمعها: بُرّ، مختار الصحاح (برر).

(٢) تقدم تخريجه.

إلا ما يدخل تحت الكيل.

ولدلالة الاتفاق[١] علىٰ أن التمر بالتمر لو تساويا في العدد، وتفاضلا في الكيل: لم يجز، ولو تساويا في الكيل، وتفاضلا في العدد: جاز البيع، فدل علىٰ أن الاعتبار بالكيل دون غيره، فما لا يدخل تحت الكيل لم يدخل تحت الحكم.

وقد عَمِلْتُ هذه المسألة قديماً، واستَوْفَيْنا الكلامَ فيها لأصحابنا وللمخالفين، فتَرَكْنا إعادته كراهة الإطالة.

مسألة :

قال : (ولا يجوز الخيار في الصرف).

وذلك لأن الخيار المشروط في العقد يمنع صحة القبض، كما يمنع صحة الملك، وشَرْطُ صحة الصرف أن يفترقا عن قبضٍ صحيح، فلما افترقا عن خيار، صارا كأنهما افترقا عن غير قبض.

ويدل عليه حديث ابن عمر قال: «كنتُ أبيع الإبل بالبَقِيع[٢] فآخذ بالدراهم الدنانير وبالدنانير الدراهم، فسألتُ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقال لابأس به ما لم تفترقا وبينكما شيء»[٣].

---

(١) المغني ١٣٣/٤.

(٢) ولم تكن كثرت إذ ذاك فيه القبور، كما في التلخيص الحبير ٢٦/٣ نقلاً عن النووي، تهذيب الأسماء واللغات ٣٩/٣.

(٣) تقدم تخريجه.

وفي بعض الألفاظ: «وبينكما لَبْس»[١].

وذلك يدل علىٰ بطلانه إذا افترقا مع خيارٍ مشروط.

مسألة: [القبض في بيع الربويات]

قال أبو جعفر: (ويجوز بيع المكيل والموزون بجنسه متساوياً، ولا يفترقان إلا عن قبض، إلا أن يكونا بأعيانهما، فيجوز تفرُّقهما قبل القبض، إلا الذهب والفضة، فإنهما لا يفترقان إلا عن قبض).

قال أحمد: أما إذا كان أحدهما دَيْناً، فإنما لم يجز أن يفترقا فيه عن غير قبض الدَّيْن، من قِبَل أنه لا يجوز النَّسَاء في الجنس الواحد، وافتراقُهما عنه وهو دَيْن، بمنزلة النَّسَاء، فيبطل العقد بالافتراق، كذلك سبيلُ كلِّ ما لا يجوز شَرْطُ الأجل فيه.

ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء[٢] فيما يدخل فيه الربا من هذه الأجناس.

وأما إذا كانا بأعيانهما، فإنما جاز الافتراق عنه قَبْل القبض، لما روىٰ ابن عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «كلُّ متبايعين، فلا بَيْع بينهما حتىٰ يفترقا، إلا بيعَ الخيار»[٣].

فأثبت بيع الخيار بينهما بعد الافتراق من غير شرط القبض.

---

(١) لَبَسْت الأمر: من باب ضَرَبَ: لَبَساً، أي خلطته، المصباح المنير (لبس)، والمراد أي ليس بينكما خَلْط في الأموال، ولا شيء بينكما.

(٢) مراتب الإجماع لابن حزم ص/٨٥، بداية المجتهد ٢/١٤٤.

(٣) البخاري ٤/٣٢٨، مسلم ٣/١١٦٤.

وأيضاً: لا خلاف بين أهل العلم[(١)] في جواز تَـرْك القبض في الحنطة بالتمر إذا كانا بأعيانهما، والمعنىٰ فيه أنهما عينان ليسا من جنس الأثمان التي هي الذهب والفضة، وذلك موجود في الحنطة بالحنطة.

فإن قيل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «الحنطة بالحنطة مِثْلاً بمِثْل، يداً بيد»[(٢)].

قيل له: هذا لا يدل علىٰ وجوب القبض؛ لأنه أشار به إلىٰ حال العقد.

والدليل عليه قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبادة: «لا تبيعوا الحنطة بالحنطة إلا يداً بيد». وذَكَرَ الحديثَ، ثم قال: «وبيعوا الحنطة بالشعير كيف شئتم يداً بيد»[(٣)].

فإنما أشار إلىٰ حال العقد.

ويدل عليه أيضاً: أن الباء إنما تصحَب الأثمان، وهو إنما يكون ثمناً في حال العقد، لا بالقبض، فدل أن قوله: «يداً بيد»: يتناول حال العقد، كأنه قال: ما في يد هذا بما في يد هذا، ومعناه: عيناً بعين، وأفاد بأنه مَنَعَ النَّسَاء.

ويدل عليه أيضاً: أنه ذَكَرَ اليدَ باليد في الجنسَيْن المختلفَيْن، ولا خلاف أن المراد به العَيْن، فكذلك في الجنس الواحد إنما أوجب به تعيين المبيع في العقد، ومَنَعَ النَّسَاء.

---

(١) في المغني لابن قدامة ٤/١٣٠ ذكر خلافاً بينهم حيث منهم مَن مَنَع.

(٢) مسلم ٣/١٢١١.

(٣) مسلم ٣/١٢١٠، ١٢١١.

ويدل عليه: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه نهىٰ عن بيع الحيوان بالحيوان إلا يداً بيد»[١]، ولا خلاف أنه لم يُرِدْ به إيجاب القبض في المجلس، وإنما أراد التعيين.

فإن قيل: إذا حَمَلتَ قولَه: «يداً بيد»: علىٰ معنىٰ التعيين، بطلت فائدته؛ لأنه قد قال: «عيناً بعين، يداً بيد».

قيل له: كرَّره علىٰ وجه التأكيد، قال: «مِثْلاً بمِثْل، وَزْناً بوزن، سواءً بسواء».

فإن قيل: قد أوجبتَ التقابض في الصرف بقوله: «يداً بيد».

قيل له: لم نوجبه بذلك، وإنما أوجبناه بقوله في حديث ابن عمر: «ما لم تتفرقا وبينكما شيء»، وفي بعض الألفاظ: «وبينكما لَبْس»، فمَنَعَ افتراقهما مع بقاء شيء من حقوق العقد.

ألا ترىٰ أن الذهب والفضة لما كان من شَرْط بقاء العقد فيهما المجلس، لم يختلف فيهما حكم النوع الواحد، والنوعين المختلفين في وجوب التقابض في المجلس، وأن سائر المكيلات والموزونات إذا اختلفت أجناسها: جاز تَرْك القبض فيهما في المجلس إذا كانا عينَيْن.

---

(١) النسائي ٢٩٢/٧، الترمذي ٥٣٨/٣، وقال: حديث حسن صحيح، وسماع الحسن من سَمُرَة صحيح، هكذا قال علي بن المديني وغيره، وأبو داود ٦٥٢/٣، الموطأ ٥٥/٢، قال ابن حجر في الفتح ٤١٩/٤: رجاله ثقات إلا أنه اختلف في سماع الحسن، ثم ذكر له عدة طرق يقوي بعضها بعضاً، وينظر التلخيص الحبير ١٠/٣، وفي نيل الأوطار ٣١٦/٥: «ينتهض للاحتجاج بمجموع طرقه».

مسألة : [بيع المكيلات بجنسها]

قال أبو جعفر : (ولا يجوز بَيْع شيءٍ من المكيلات بجنسه نسيئة).

قال أحمد : الأصل في هذه المسألة ونظائرها: أن التفاضل عندهم يحرم بشيئين: وجود الكيل أو الوزن، والجنس، فهذان الوصفان علة تحريم البيع عند وجود التفاضل.

والنَّسَاء يحرم بأحد هذين الوصفين: الكيل أو الوزن، أو الجنس، فالجنس بانفراده يحرِّم النَّسَاء، والمعنىٰ المضموم إليه في إيجاب تحريم التفاضل يحرم النَّسَاء علىٰ اختلاف الفقهاء فيه، فمَنْ جَعَلَه كيلاً أو وزناً حرَّم النَّسَاء بوجود ذلك منفرداً عن الجنس.

والأصل فيه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حديث عبادة بن الصامت: «وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد»[1].

وفي بعض الألفاظ: «وإذا اختلف الصنفان»[2].

وقال: «بيعوا الحنطة بالشعير كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا التمر بالشعير كيف شئتم يداً بيد»[3].

فأجاز التفاضل لعدم الجنس، وحرَّم النَّسَاء بوجود الكيل.

وأما الجنس بانفراده، فإنما مَنَعَ النَّسَاء عندنا؛ لأنه أحد وَصْفَيْ علة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الترمذي ٥٤١/٣، وقال: حديث حسن صحيح، النسائي ٢٧٤/٧، أبو داود ٦٤٣/٣.

(٣) تقدم في الحاشية السابقة.

تحريم التفاضل، فأشبه الكيل والوزن، والمعنىٰ الجامعُ بينهما ما وصفنا.

فإن قيل: قد أجزتَ الدراهم في الموزونات نَسَاء، مع وجود علتك الموجِبَة لتحريم النَّسَاء.

قيل له: لأن مِنْ أصلنا القول بتخصيص العلة، ولو قيدنا العلة في الأصل، بأن قلنا: إن علة تحريم النَّسَاء وجود أحد صنفي علة تحريم التفاضل في جنسٍ ما يتعين، لم نحتج إلىٰ تخصيص؛ لأن الدراهم والدنانير مما لا تتعين عندنا، وسائر الأشياء تتعين، فالعلة مستمرة علىٰ أصلنا.

مسألة:

قال أبو جعفر: (والتمور كلها جنس واحد وإن اختلفت أسماؤها).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «التمر بالتمر مِثْلاً بمثل»[1]، ولم يفرِّق بين الأنواع المختلفة منه.

وقال في حديث أبي سعيد وأبي هريرة: «أَكُلُّ تمر خَيْبَر هكذا؟ قال: لا، إنما نأخذ من هذا الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة من الجَمْع[2]، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: لا تفعلوا، ولكن بِعْ هذا، واشْتَرِ بثمنه من هذا»[3].

---

(١) صحيح مسلم ٣/١٢١١.

(٢) بفتح الجيم وسكون الميم: التمر المختلط، كما في فتح الباري ٤/٤٠٠، وفي النهاية ١/٢٩٦ «تمر مختلط من أنواع متفرقة، وليس مرغوباً فيه، وما يخلط إلا لرداءته».اهـ.

(٣) تقدم تخريجه.

فأبان أن اختلاف أنواعه لا يُبيح التفاضل فيه؛ لأن الجَمْع هو الأنواع المختلفة منه، وكذلك الحنطة كما وصفنا.

مسألة :

(ولحوم الضأن والماعز جنس واحد).

لأن اختلافهما كاختلاف أنواع التمر، ألا ترىٰ أنهما من جنس واحد في الصدقات، وكذلك البقر والجواميس.

قال : (والحنطة والشعير جنسان).

لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «وبيعوا الحنطة بالشعير كيف شئتم، يداً بيد»[(١)].

مسألة : [بيع الحيوان باللحم]

قال أبو جعفر : (ولا بأس ببيع الحيوان باللحم من جنسه، من غير اعتبار اللحم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز إلا أنْ يُعْلَم أن في الحيوان المبيع من اللحم أقلّ من اللحم الذي اشترىٰ به).

لأبي حنيفة: أن اعتبار لحم الحيوان في حال حياته ساقط؛ لأنه لو اعتُبِرَ لما صحَّ العقد رأساً، لأنه لا يحل إلا بالذكاة، ألا ترىٰ أن ما بان منه قَبْلَ الذكاة فهو ميتة، فلما جاز البيع إذا كان أقل، دَلَّ علىٰ سقوط اعتباره في حال الحياة.

وأما ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه نهىٰ عن بيع اللحم

---

(١) تقدم تخريجه.

بالحيوان»[1]، فوجهه إذا كان حيواناً مذبوحاً بلحم؛ لأنه قد نسمِّيه حيواناً بعد الذبح، كما يقول القائل: أَكَلْنا من الحيوان كذا.

والفرق بينه وبين جواز بيع الزيت بالزيتون، علىٰ الاعتبار أن الزيت الذي في الزيتون ليست إباحته موقوفةً علىٰ الذكاة، فلذلك جاز اعتباره.

* وجَعَلَه محمدٌ بمنزلة الزيت بالزيتون، والشاة بالصوف، وذَهَبَ أيضاً إلىٰ ظاهر ما روي من النهي عن بيع اللحم بالحيوان.

مسألة: [بيع الزيت بالزيتون]

قال أبو جعفر: (ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون إلا أن يُعْلَم أن الزيت أكثر مما في الزيتون من الزيت).

وذلك لأن هناك زيتاً معقوداً عليه، فوجب اعتبار ما في الزيتون منه.

والأصل في وجوب هذا الاعتبار: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه «نهىٰ عن بيع اللحم بالحيوان»[2]، وقد قامت الدلالة علىٰ أن المرادَ الحيوانُ المذبوح، وقد تقدم بيان ذلك، فصار أصلاً في الزيت بالزيتون ونظائره.

والمعنىٰ فيه: اعتبار المساواة، فإذا كان الزيت أكثرَ، صار الزيتُ الذي في الزيتون بمثله من الزيت، والفَضْل بالثُّفْل[3].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) «الثُّفْل: مثل قُفْل، حثالة الشيء، وهو الثخين الذي يبقىٰ أسفل الصافي»، =

فإن قيل: هلا أبطلتَه من حيث وجبتْ قسمة الزيت المعقود عليه علىٰ قيمة الزيت الذي في الزيتون وعلىٰ الثُّفْل، وما وقعت القسمة فيه علىٰ القيمة لم تحصل فيه المساواة بيقين، فلا يجوز إذا كانت هذه القسمة التي يقتضيها العقد.

كرجلٍ اشترىٰ حنطة وشعيراً بزيت أو غيره، فيقسمه علىٰ قيمة الحنطة والشعير، ويكون ثمن كل واحد منهما ما يخصه بالقيمة.

قيل له: إنما يجوز اعتبار قسمة العقد علىٰ الوجه الذي ذكرتَ، ما لم يؤدِّ إلىٰ فساد العقد، فأما إذا أدىٰ إلىٰ فساده، فإنه لا يجوز اعتبارها، وذلك لأن دخولهما في العقد قَصْدٌ منهما إلىٰ تصحيحه، فمتىٰ وجدنا له وجهاً في الصحة حَمَلْناه عليه.

وأيضاً: فإن سائر المكيلات والموزونات إذا لاقىٰ جنسه، فإنما تكون قيمته مثله في مقداره؛ لأنها كذا جعلت في الشرع، إذ لا يجوز بيعه بأكثر منه، وهما دخلا في العقد علىٰ حكم الشرع، فوجب أن يكون محمولاً عليه.

وما روي عن فَضالة بن عبيد في بيع القِلادة[1] التي كان فيها ذهب وخَرَز بذهب، فسأل النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم فقال: «لا تَبِعْها حتىٰ تُفَصِّل»[2].

فإن وجهه عندنا: أنه لم يُعْلَم أن الذهب الذي أعطىٰ أقل أو أكثر مما

كما في المصباح المنير (ثفل).

(١) بالكسر، ما جُعِل في العنق، كما في تاج العروس (قلد).

(٢) مسلم ٣/١٢١٣.

فيها، فلذلك نهىٰ عنه.

ويدل عليه أنه قال: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل»[١].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا علي بن محمد بن أبي الشوارب قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي قال: حدثنا الليث بن سعد عن سعيد بن يزيد عن خالد بن أبي عمران عن حَنَش الصنعاني عن فَضالة بن عبيد قال: «اشتريتُ يوم خَيْبر قِلادة باثني عشر ديناراً ذهباً وخَرَزاً، ففصَّلْتُها، فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرتُ ذلك للنبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: لا تباع حتىٰ تفصل»[٢].

فإنما نهىٰ عن بيعه حتىٰ يفصل، للمعنىٰ الذي ذكرنا.

مسألة: [بيع الشاة وفي ضرعها لبن بلبن]

قال أبو جعفر: (وبيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن، كبيع الشاة باللحم، علىٰ ما ذكرنا من الاختلاف).

قال أحمد: قول أبي جعفر: إن ذلك علىٰ الخلاف[٣]: غلط، لا خلاف بين أصحابنا في أن ذلك إنما يجوز علىٰ الاعتبار، وهو أن يكون اللبن الذي يُعطىٰ أكثرَ من اللبن الذي في الضرع.

وكذلك بيعها بصوف، وعلىٰ ظهرها صوف، ولا خلاف بينهم في

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) مسلم ٣/١٢١٣.

(٣) ومثل هذا قال الإسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي ١/ لوحة/ ١٦٠/ أ بعد أن ذكر قول الطحاوي أنه علىٰ الخلاف، قال: «وذلك غير سديد، والصواب ما ذكرنا علىٰ الاتفاق».

جوازه علىٰ الاعتبار.

والفرق بينهما علىٰ مذهب أبي حنيفة ما بيَّنَّا.

مسألة : [بيع الرُّطَب بالتمر]

قال أبو جعفر : (لابأس ببيع الرُّطَب بالتمر، يداً بيد، مِثْلاً بمِثْل، في قول أبي حنيفة، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد.

ولا يجوز متفاضلاً في قولهم جميعاً).

لأبي حنيفة: أن الرطب والتمر لا يخلو مِن أن يكون جنساً واحداً، أو جنسين مختلفين، فإن كانا جنساً واحداً: جاز، لقوله عليه الصلاة والسلام «التمر بالتمر مِثْلاً بمِثْل»[١].

وإن كانا جنسين: فهو أجوز، لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «وإذا اختلف النوعان، فبيعوا كيف شئتم، يداً بيد»[٢].

وأيضاً: فقد اتفقوا[٣] علىٰ جواز بيع التمر الحديث بالعتيق، لوجود المساواة في الحال، فكذلك الرطب بالتمر.

وأما حديث زيد بن عيَّاش[٤] عن سعد عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) مراتب الإجماع ص/٨٥ حيث ذكر الاتفاق علىٰ أن أصناف التمر كلها نوع واحد.

(٤) في الأصل (ابن أبي عياش)، والتصويب من كتب السنن، وهو زيد بن عياش، يقال له أبو عياش، كما في تقريب التهذيب (٢١٥٣).

في «النهي عن بيع الرطب بالتمر»[١]، فإن زيداً أبا عياش مجهول، لا يُدْرَىٰ مَن هو[٢]، ولم يَرِد هذا الحديث إلا من هذه الطريق.

وهو مع ذلك مضطرب المتن؛ لأنه روي في بعض ألفاظه: «أَيَنْقُص الرطبُ إذا جَفَّ؟».

وفي بعضها: «أنه نهىٰ عن ذلك نسيئة»[٣].

ولو سَلِمَ كان معناه: متفاضلاً.

فإن قيل[٤]: روي في بعض ألفاظه: «أينقص الرطب إذا جَفَّ؟»: تقريرٌ علىٰ العلة الموجِبَة لفساد البيع.

قيل له: لا يجوز أن يكون علىٰ معنىٰ التنبيه علىٰ العلة من وجهين:

---

(١) سنن النسائي ٧/٢٦٨، سنن أبي داود ٣/٦٥٤، سنن الترمذي ٣/٥٢٨ وقال: حديث حسن صحيح، سنن ابن ماجه ٢/٧٦١، المستدرك للحاكم ٢/٣٨، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، الموطأ ٢/٦٢٤.

(٢) وقد قال بجهالة زيد هذا الإمامُ أبو حنيفة، وابنُ حزم وغيرهما، كما في التهذيب لابن حجر ٣/٤٢٣، وقال الحاكم في مستدركه ٢/٣٨ عند ذكره هذا الحديث: «لم يخرجاه – يعني الشيخان – لِمَا خَشِيَا من جهالة زيد».اهـ.

ونقل ابن التركماني في الجوهر النقي ٥/٢٩٥ عن الطبري في تهذيب الآثار: بأن زيداً انفرد به، وهو غير معروف في نَقَلة العلم.اهـ، في حين أن الحافظ ابن حجر في التهذيب ٣/٤٢٣، وكذلكَ في التلخيص الحبير ٣/٩ بيَّن أنه غير مجهول، وحكم عليه في التقريب (٢١٥٣) أنه صدوق، وقد تكلم عن هذا الحديث بتوسع الزيلعي في نصب الراية ٤/٤٠، وكذلك صاحب إعلاء السنن ١٤/٣١٩-٣٣٢.

(٣) شرح معاني الآثار ٤/٦، سنن البيهقي ٥/٢٩٤.

(٤) ينظر فتح القدير ٦/١٦٨.

أحدهما: أنه قد ذكر فيه: «نَساء»[1]، وليست علة تحريم النَّساء فيه حدوث النقصان في الثاني.

والوجه الآخر: أن هذه العلة موجودة مع التمر الحديث بالعتيق، مع جوازه عند الجميع، فدلَّ أنه لم يخرج مخرج الاعتلال.

وأما الفرق بينه وبين الحنطة بالدقيق، فهو أن نقصان أحدهما عن الآخر موجود في الحال؛ لأن أجزاء أحدهما أكثر من أجزاء الآخر، فلذلك لم نُجِزْه.

وأما الرطب والتمر، فهما متساويان في الحال، وإنما يحدث النقصان في الرطب بعد الجفاف بذهاب بعض أجزائه باليبوسة، كما يحدث في التمر الحديث بمرور الأوقات عليه.

مسألة: [لا يُردُّ المبيع بالعيب إذا أدىٰ الرد إلىٰ تفريق الصفقة]

قال أبو جعفر: (وإذا اشترىٰ الرجل عبدَيْن، فلم يقبضهما، أو قبض أحدَهما، ولم يقبض الآخر، حتىٰ وجد بأحدهما عيباً، فهو بالخيار: إن شاء أخذهما جميعاً، وإن شاء ردَّهما جميعاً، ليس له غير ذلك، وإن كان قَبَضَهما، ثم عَلِمَ بالعيب، ردَّ المعيب خاصة دون الآخر بحصته من الثمن).

قال أحمد: الأصل في ذلك: أنه ليس لأحدٍ من المتبايعَيْن تفريق الصفقة علىٰ صاحبه في الأثمان، وله تفريق الصفقة عليه في الفسخ، والدليل علىٰ صحة هذا الأصل: أن رجلاً لو قال لرجل: قد بعتُك هذَيْن العبدَيْن بألف درهم، أو قال: كل واحد بخمسمائة: لم يكن له أن يَقْبَل

(١) كما هو عند أبي داود ٣/٦٥٨، وسكت عنه.

البيع في أحدهما دون الآخر؛ لأن فيه تفريقَ الصفقة عليه في الأثمان، ومِن أصلنا أن الصفقة لا تتم إلا بالقبض، فلذلك لم يجيزوا له تفريق الصفقة فيهما.

وعلىٰ هذا الأصل قالوا: إذا اشترىٰ عبدَيْن علىٰ أنه بالخيار ثلاثاً فيهما، وقَبَضَهما، أو لم يقبضهما، لم يكن له ردُّ أحدهما دون الآخر، لأن شَرْط الخيار يمنع تمام الصفقة، وإن كانا مقبوضَيْن جميعاً.

وكذلك هذا في خيار الرؤية وإن قبض؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، لجهالة المبيع عنده إذا كان خياره، لئلا يلزم نفسه مجهولاً.

وأما إذا قبضهما، ولا خيار له فيه: فقد تمت الصفقة، فله أن يرد أحدَهما دون الآخر؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة في الفسخ، لا في الأثمان، وذلك جائز بلا خلاف.

مسألة: [العيب في ثمن الصرف]

قال: (وإذا وَجَدَ في ثمن الصرف درهماً زائفاً بعد الافتراق، فإنه يستبدله ما بينه وبين النصف، ولا يفارقه إذا ردَّه حتىٰ يقبض البدل.

فإن كان أكثر من النصف: انتقض الصرف بمقداره إن ردَّه في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ينتقض إذا أخذ البدل في المجلس الذي ردَّه فيه ولو وجدها كلها زيوفاً).

قال أحمد: وقد روي عن أبي حنيفة في هذه المسألة روايتان أخريان:

إحداهما: أنه ينتقض الصرف في النصف، ولا ينتقص في أقل منه.

والأخرىٰ: أنه ينتقض في الثلث، ولا ينتقض في أقل منه.

والقياس عنده أنه ينتقض في القليل والكثير إذا ردَّه، ولا يصح له أَخْذُ بَدَلِه، وذلك لأن ردَّه يوجب نَقْضَ القبض في المردود، وإعادةَ الدَّيْن الذي كان في العقد، ولا يصح إعادته دَيْناً بعقد صرف قد حصل عنه افتراق، إذ كان الافتراق موجِباً لبطلانه لو كان الدَّيْن باقياً.

واستحسن في القليل فأجازه، وتَرَكَ القياس فيه، كما جاز أن يتجاوز بالزيوف عن ثمن الصرف وإن وقع العقد علىٰ الجياد.

ومعلوم أن الزيوف قد خالطها عين الفضة، فسقط حكمه لأجل قِلَّته، وصار الحكم فيه للأكثر، ولم يكن بمنزلة مَن أخذ عن ثمن الصرف غيرَه، فكذلك ما وصفنا.

وهذه علةٌ للرواية التي أجاز فيها أقل من النصف، ولم يُجِز النصف، وهي أصح الروايات[1].

* **قال أبو جعفر**: (إذا انتقض العقد فيما ردَّه: كان شريكاً في الدينار بحسابه، وكذلك إذا وجد بعضها سَتُّوقاً[2] بعد الفرقة).

---

(١) لم يذكر الجصاص في هذا النص الروايةَ الثالثة التي أشار لها هنا، وقد ذكرها الإسبيجابي في شرحه ١/ لوحة/ ١٦٣، وهي: (أنه ينتقض إذا كان أكثر من الثلث)، وعلىٰ هذا: فالرواية الأولىٰ: ينتقض إذا كان أكثر من النصف، والثانية: ينتقض في النصف فما فوقه، والثالثة: ينتقض في أكثر من الثلث.

(٢) السَّتُّوق: بفتح السين وضمها، مشددة التاء، فارسي معرب، وهو علىٰ صورة الدراهم، وليس له حكمها، إذ جوفه نحاس ووجهاه جعل عليهما شيء قليل من الفضة لا يخلص، والحاصل: أن الستوقة ما يغلب غشه علىٰ فضته، كما في طَلِبَة الطَّلَبَة للنسفي ص ١٠٩.

قال أحمد : أما السَّتُّوق، فلا يحصل به استيفاءٌ لثمن الصرف؛ لأنه ليس بعضه، فهو بمنزلة مَن تصرَّف في ثمن الصرف قبل القبض، فلا يجوز.

والأصل فيه: أن كل ما أُخِذ علينا تعجيله في مجلس العقد، فإنه لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، مثل ثمن الصرف، ورأس مال السلم.

* وأما قوله: «إنه يصير شريكاً في الدينار الذي قبضه بيِّع الدراهم»: فإن محمداً قد أطلق نحو ذلك في كتاب الصرف(١)، ومعناه: أنه يشاركه في دينار، إن شاء كان ذلك الدينار، وإن شاء غيره.

ولا يستحق بيِّع الدينار بانتقاض الصرف بعد صحته؛ لأن من أصلهم: أن رجلاً لو اشترىٰ عبداً بألف درهم، وقبض البيِّع الدراهم، ثم مات العبد قبل القبض: لم يستحق المشتري غير تلك الدراهم، وكان للبيِّع أن يعطيه غيرها، وذلك لأنها لم تملك بالعقد، وإنما ملكت بالقبض، وما لم يملك بالعقد، لم ينتقض الملك فيه بانتقاض العقد.

* * * * *

(١) أي من كتاب الأصل لمحمد، والله أعلم.

باب العَرِيَّة

مسألة: [بيع العرايا]

قال: (والعريَّة أن يُعْرِيَ الرجلُ الرجلَ ثَمَرَ نخلته، فلا يَجُذَّها المُعْرَىٰ حتىٰ يبدوَ للمعري أن يمنعَه منها، ويعوِّضه منها خَرْصَها تمراً، ويقبل ذلك منه المَعْرَىٰ، فيطيب ذلك للمُعري والمُعرَىٰ، ويَخرجُ المُعْري بذلك من حكم مَن وَعد وعداً ثم أخلفه، ويَخرج المعرَىٰ من حكم مَن أخذ عوضاً عن شيء لم يكن مَلَكَه).

قال أبو بكر أحمد: العرية عندهم هي الهبة، وذلك لأنها مشتقة من العارية، والعارية إنما هي تمليك المنافع بغير بدل، فكان اسم العرية بالهبة أَوْلىٰ منه بالبيع الذي هو تمليكٌ ببدل.

ويدل عليه قول الشاعر يَصِفُ نخلةً:

ليست بسَنْهَاء ولا رُجَّبِيَّةٍ ولكن عَرايا في السِّنين الجَوَائِح(١)

---

(١) عزاه ابن منظور في لسان العرب (رجب) (سنة) (عرا) لشاعر الأنصار سويد بن الصامت، وهو يصف نخله بالجودة، وأنه ليس فيه سنهاء، والسنهاء التي أصابتها السنة المجدبة، وقد تكون النخلة التي حملت عاماً ولم تحمل آخر.

ونخلة رُجَّبية: بُني تحتها رجبة، وهي أن تُعمَّد النخلة الكريمة إذا خِيف عليها أن تقع لطولها، وكثرة حَمْلها، ببناء من حجارة ترجَّب بها أي تعمَّد به، والعريَّة هي التي يوهب ثمرها، والجوائح السنون الشداد التي تجيح المال.اهـ نقلاً =

يعني أنها موهوبة التمر في هذه السنين.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم «إذا خَرَصتُم فدعوا الثلث أو الربع، فإن في المال: العريَّةَ والوصيةَ»[١].

«وروىٰ ابن طاوس عن أبي بكر بن محمد أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أمَرَ أن لا تُخْرَص الثمار العرايا»[٢].

والعرايا: أن يَمنح الرجلُ من حائطه رجلاً نخلات، ثم يبتاعها الذي مَنَحها من الممنوح بخَرْصها كيلاً.

وليس يمتنع إطلاق لفظ البيع عليه وإن كان المشتري مالكاً للثمرة قبل تسليمها إلىٰ الموهوب له، كقول الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ

عن اللسان (رجب) (سنة).

وقال الباجي في المنتقىٰ ٤/٢٢٧ في شرح هذا البيت: «يمدح نفسه بالجود، ويقول: إن نخلة ليست بسنهاء، ولا رجبية، يريد ليست يُبنىٰ عليها، ولكن عرايا في السنين الجوائح، يريد إذا نزلت الجوائح بالناس واشتدَّ الزمان، وقلَّت الثمار، وهَبَها حينئذ وجَعَلَ ثمرتها طُعمة».اهـ.

(١) سنن النسائي ٥/٢٦، سنن الترمذي ٣/٣٥، سنن أبي داود ٢/٢٥٨-٢٥٩، المستدرك لحاكم ١/٤٠٢ ، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وقال الحاكم: وله شاهد بإسناد متفق علىٰ صحته أن عمر بن الخطاب أمر به اهـ، وأخرجه ابن حبَّان في صحيحه (موارد الظمآن) ص/٢٠٤ (٧٩٨). وينظر التلخيص الحبير ٢/١٧٢.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٤/١٢٦، مصنف ابن أبي شيبة ٣/١٩٤ وقد جاء النص فيه محرفاً، الأموال لابن زنجويه ٣/١٠٧٩، سنن البيهقي ٤/١٢٣ قال: وهو مرسل، وقد روي فيه حديث موصول.

﴿أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ﴾[١]، وهي كلها لله قبل الشراء وبعده.

وقال: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُا۟ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ﴾[٢].

ولا يجوز عندنا بيع ثمرة النخلة والنخلتين، ولا أكثر من ذلك بخَرْصها تمراً إذا كان البيِّع مالكاً للثمرة.

وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه «نهىٰ عن بيع المزابنة، وهي بيع الثمرة في رؤوس النخل بالتمر كيلاً»[٣].

وقال عليه الصلاة والسلام: «التمر بالتمر، مِثْلاً بمِثْل، كيلاً بكيل»[٤].

ولاتفاق الجميع[٥] علىٰ امتناع جواز بيعها لو كانت موضوعة بالأرض إلا مكايلة.

ولاتفاق المسلمين[٦] أيضاً علىٰ امتناع جواز بيع تمر النخل الكثير بخَرْصها تمراً.

فإن قيل: روىٰ زيد بن ثابت، ورافع بن خَدِيج، وجابر، وأنس، وأبو هريرة «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم رخَّص في بيع العرايا بخَرْصها»[٧].

---

(١) من سورة التوبة، آية رقم/ ١١١.

(٢) البقرة: ١٦.

(٣) صحيح البخاري ٣٧٧/٤، صحيح مسلم ١١٦٩/٣.

(٤) تقدم.

(٥) المغني ١٣٢/٤.

(٦) المغني ١٣٢/٤-١٣٣.

(٧) صحيح البخاري ٣٧٧/٤، صحيح مسلم ١١٧٠/٣.

وقال أبو هريرة: فيما دون خمسة أوسق[(١)].

قيل له: العرية ما وصفنا من الهيئة، وقد دلَّلْنا عليه في صدر المسألة.

ويدل عليه أيضاً: ما روىٰ عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «نهىٰ عن المزابنة».

وقال زيد بن ثابت: «ورخَّص رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم في النخلة والنخلتين، يوهبان للرجل، فيبيعهما بخَرْصهما تمراً»[(٢)].

فإن قيل: فما فائدة الرخصة علىٰ ما تأوَّلتَ، والثمرة ملك الواهب بعدُ لم يملِكْها الموهوب له.

قيل له: لولا خبر الرخصة فيه، لمَنَعْناه من ذلك، لما فيه من إخلاف الوعد.

ولم يكن نبيح أيضاً للموهوب له أخذ البدل؛ لأنه لم يملك بعد، فأفادنا الخبر جواز ذلك.

وأيضاً: فلو كان خبر العرية وارداً علىٰ الوجه الذي ادَّعيتموه من جواز عقد الشراء علىٰ ثمرةٍ بخَرْصها تمراً، لكان خبر النهي عن المزابنة، وقوله صلىٰ الله عليه وسلم «التمر بالتمر، مِثْلاً بمِثْل»: أَوْلىٰ بالاستعمال منه؛ لأنه متَّفق علىٰ استعماله، وخبر العرية مختلَف في استعماله علىٰ الوجه الذي ذهب إليه المخالف، ومتىٰ ورد خبران علىٰ هذا الوصف، كان

---

(١) الوَسْق: ستون صاعاً بصاع النبي عليه الصلاة والسلام، كما في المغرب ٢/٣٥٤، وهو يعادل ٣,٢٩٦ غرام عند الحنفية، وعند بقية الفقهاء ٢,١٧٥ غرام، وينظر الإيضاح والتبيان لابن الرّفعة ص ٥٧.

(٢) صحيح مسلم ٣/١١٧٠.

الخبر المتَّفق عليه، قاضياً علىٰ الآخر، وقد بيَّنَّا ذلك فيما سلف.

ثم إذا وجدنا لخبر العرية وجهاً يوافق الخبر الآخر، حملناه عليه، واستعملناهما، ومخالفُنا لا يجيز بيعَ العريَّة إذا كان مُحَاطاً علىٰ النخلة والنخلتين، وإنما يجيزه إذا كانت فيما بين نخلٍ لغيره، من غير أن يكون عليها حائط.

والخبر لم يفرِّق بين ذلك، فكان الحائط الذي بينهما حينئذ يكون مانعاً من البيع، والحائط لا تأثير له في ذلك.

* * * * *

باب بيع أصول النخل والشجر والثمار

مسألة : [بيع الشجر وعليه ثمر]

قال أبو جعفر : (وإذا باع نخلاً أو شجراً فيها ثمرٌ قد بَدَا: فالثمر للبيِّع، ويقطعه من شجر المشتري، سواء أبَّره أو لم يؤبِّره).

وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَنْ باع نخلاً مؤبَّراً، فثمرته للبيِّع إلا أن يشترط المبتاع»(١).

أفادنا بذلك أنَّ كلَّ ما كان لقَطْعِه نهاية في العادة: فغير داخل في شراء الأصل، إلا بالشرط مثل الزرع في الأرض.

وإنما استوىٰ حكم المؤبَّر وغير المؤبَّر، لوجود المعنىٰ الذي مِن أجله لم يدخل المؤبَّر منه في العقد، وهو أنَّ لقَطْعه نهاية، وتخصيص النبي صلىٰ الله عليه وسلم للمؤبر لا يوجب أن يكون الحكم مقصوراً عليه؛ لأن ذِكْرَ التأبير إنما هو إبانة عن حال ظهور الثمرة؛ لأنها تؤبر عند ظهورها.

وهو كقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قَطْع في ثمرٍ حتىٰ يُؤويه الجَرِين(٢)»(٣)، ولو آواه البيت والدار كان كذلك حُكْمه؛ لأن المعنىٰ فيه

---

(١) تقدم.

(٢) موضع تجفيف التمر. النهاية ١/٢٦٣.

(٣) سنن النسائي ٨/٨٥، سنن أبي داود ٤/٥٥٠، ٢/٣٣٦، سنن الترمذي ٣/٥٨٤ وقال: حديث حسن، المستدرك ٤/٣٨١ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، =

الإحراز، وبلوغ حال الاستحكام.

ويؤمر البيِّع بقطع الثمرة؛ لأنها في ملك المشتري، بمنزلة مَن باع داراً له فيها متاع، فيؤمر برفع المتاع ونقله.

مسألة : [بيع الثمر دون الشجر]

قال: (وإن اشترىٰ الثمرة دون الأصل: جاز، وعلىٰ المشتري أن يجدَّها[١]، أُبِّرت أم لم تؤبَّر).

قال أحمد : لا خلاف بين الفقهاء[٢] في جواز شرائها إذا شَرَط قطعها.

ولا خلاف[٣] في فساده إذا شَرَطَ التَّرْك قبل بُدُوِّ صلاحها.

واختلفوا فيه إذا لم يَشرط قطعها، ولا تَرْكها:

فأجازه أصحابنا، وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن باع نخلاً مؤبَّراً: فثمرته للبيِّع إلا أن يشترط المبتاع»[٤].

فأجاز شرط الثمرة للمشتري علىٰ الإطلاق، مِن غير شرط القطع.

سنن ابن ماجه ٢/٨٦٥، وقد توسع في تخريجه الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٦٣.

(١) «الجدُّ: في الأصل: القطع، ومنه جد النخل: صرمه، أي قطع ثمره جداداً» كما في المغرب ١/١٣٤ (جدد)، وفيه أيضاً ١/١٤٥ (جزز) «الجداد خاص في النخل، والجزاز فيه وفي الزرع والصوف والشعر».

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٢٠٢.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/٢٠٢.

(٤) تقدم.

وأيضاً: فإن العقد يوجب التسليم في الحال، ولا فَرْق بين شَرْط القطع وبين الدخول في عقدٍ يوجب قطعه، ألا ترىٰ أنه لا فَرْق بين أن يبيع العبدَ، ويشترط تسليمَه للمشتري، وبين أن يبيعه ويسكت عن شرط التسليم، إذ كان العقد يوجبه.

وإنما يبطل العقد إذا شَرَط الترك؛ لأنه نفىٰ موجَب العقد، إذ كان العقد يوجِب قطعَه، كمَن باع عبداً، وشَرَطَ أن لا يسلمه شهراً، فيفسد العقد، لنفيه بالشرط ما يوجِب العقد من التسليم.

قال أبو جعفر: (فإن اشترط في البيع تركَها إلىٰ جَدَادِها: فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: البيع علىٰ ذلك فاسد).

للعلة التي وصفنا، وهي أنه نفىٰ التسليمَ الموجَب بالعقد بالشرط، كشَرْطه أن لا يسلِّم العبدَ إلىٰ شهر.

* (وقال محمد: إن كان قد بدا صلاحُها: جاز البيع والشرط)؛ استحساناً، وشبَّهه برجل اشترىٰ نعلاً علىٰ أن يَحْذُوَها[1] البيِّع ويُشرِّكها[2]، فيجوز البيع والشرط، لجريان العادة بجواز مثله، كذلك الثمرة إذا بدا صلاحها: جاز شرط الترك فيها للعادة، ولأنها لا يحدث فيها بالترك أجزاء معدومة في الحال.

والفصل بينهما علىٰ مذهب أبي حنيفة: أن القياس يمنع جواز شرط الحذو والتشريك في شراء النعل، إلا أنه تَرَكَ القياس فيه، لجريان

---

(١) حذا النعل حذواً: قدَّرها وقطعها. القاموس المحيط (حذو).

(٢) أي جعل لها شِراكاً، وهو أحد سيور النعل التي تكون علىٰ وجهها. لسان العرب (شرك).

العادة بمثله في السلف، مع ترك الفقهاء النكير علىٰ فاعله، فصار إجماعاً من السلف، ولم نجد مثلَه في شَرْط تَرْكَ الثمرة، فحَمَلَ أمرها علىٰ القياس.

مسألة : [بيع الثمرة مع جهالة قَدْرها]

قال أبو جعفر : (ولا يجوز بيع الثمرة إلا صاعاً منها).

وذلك لأنه مجهول، كأنه اشترىٰ بعض الثمرة، ولم يبيِّن مقداره.

قال : (ولا بأس ببيع الجزء المعلوم من أجزائها).

وذلك لأنه معلوم، كبيع رُبُع العبد، ونصفه.

مسألة : [هلاك الثمرة بعد القبض]

قال أبو جعفر : (وما هلك من الثمرة بعد قبض المشتري، فهو من مال المشتري).

لأنها قد صارت في ضمانه، وخرجت من ضمان البيِّع، كمن اشترىٰ طعاماً أو ثياباً، وقبضها، فتهلك من ماله إذا هلكت.

مسألة : [هلاك الثمرة قبل القبض]

قال: (وما هلك قبل القبض: فهو مِن مال البيِّع، فإن هلك بعضه: فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن شاء ترك).

قال أحمد : صحة بقاء العقد عندنا موقوفة علىٰ سلامة القبض، والأصل فيه: أن الله تعالىٰ لما حرَّم الربا، أبطل منه ما لم يكن مقبوضاً، ولم يتعقب منه ما كان مقبوضاً بالفسخ، فدل علىٰ أن مِن شَرْط بقاء

العقد: سلامة القبض، وأنه متىٰ عُدِم[1] التسليم: بَطَلَ العقد.

ويدل عليه من جهة السُّنَّة: «نهيُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل بُدُوِّ صلاحها»[2].

وقال: «أرأيتَ إن مَنَعَ الله الثمرة بمَ يستحلُّ أحدُكم مالَ أخيه»[3].

فأخبر أن البيِّع لا يستحق الثمن إلا بسلامة المبيع للمشتري.

ويدل عليه نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العبد الآبق[4]، وعن بيع الغرر[5]، وسائر البياعات التي يُتَعَذَّر فيها التسليم.

* ومن جهة النظر: إن وجود العيب بالمشترَىٰ، يُحدِث للمشتري خياراً في الفسخ، لاستدراك الجزء الفائت الذي شَرَطَ تسليمه بالعقد، فإذا عُدِمِ الأصل: فهو أَوْلىٰ أن لا يستحق عليه الثمن.

---

(١) في الأصل (قدم)، وأثبت ما في المغربية.

(٢) صحيح البخاري ٣/٣٥١، ٤/٣٨٣، صحيح مسلم ٣/١١٦٥.

(٣) صحيح البخاري ٤/٣٩٨، صحيح مسلم ٣/١١٩٠.

وقد ذكر الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٢٨ أن هذه الجملة موقوفة من قول أنس، وأن رفعها وَهَم، لكنه في فتح الباري ٤/٣٩٨-٣٩٩ ردَّ القول بوقفها، ورجح رفعها.

(٤) سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠، سنن البيهقي ٥/٣٣٨، مسند أحمد ١/٣٠٢، ٣/٤٢، قال البيهقي: وهذه المناهي وإن كانت في هذا الحديث بإسناد غير قوي، فهي داخلة في بيع الغرر الذي نهىٰ عنه في الحديث الثابت عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم.

(٥) صحيح مسلم ٣/١١٥٣.

وأيضاً: لو منع البيِّع تسليمَ العبد، وغيَّبَه، لم يستحق الثمن، لعدم التسليم، كذلك إذا مات.

وأيضاً: فإن عقد البيع يتناول كل واحدٍ من البدلَيْن، فلا يستحق أحدهما تسليم ما مَلَكَ علىٰ صاحبه، إلا بتسليم ما مَلَكَ عليه.

* وإنما وَجَبَ له الخيار إذا هلك بعضُ المبيع، مِن قِبَل أن تفريق الصفقة عليه قبل تمامه يوجب له الخيار.

والدليل عليه: أنه لو قال: قد اشتريتُ منك هذا الكُرَّ[1] بمائة درهم، فقال: قد بعتُك نصفه: كان له أن لا يقبله، لتفريق الصفقة عليه.

مسألة: [استهلاك الأجنبي المبيعَ]

قال: (ولو استهلكه أجنبي: كان للمشتري أن يختار اتباع الجاني، ويعطي البيِّع الثمن).

وإنما كان له الخيار، مِن قِبَل أن السلعة قد تغيَّرت قبل التسليم، فوجب له الخيار لذلك، ولا يبطل البيع؛ لأن ما حصل علىٰ الجاني من ضمان القيمة أو المثل قائم مقام الأصل، وإنما حدث فيه تغيُّرٌ، فلا يبطل البيع.

فإن قيل: لما لم يصح ابتداءً العقد عليه وهو في ذمة الغير، وجب أن لا يبقىٰ فيه حكم العقد إذا صار كذلك.

قيل له: لا يجب ذلك، ألا ترىٰ أن الآبق لا يجوز ابتداءً العقد عليه،

---

(١) الكُرُّ: مكيال لأهل العراق، وهو اثنا عشر وَسْقاً، كل وَسْق ستون صاعاً، كما في المغرب ٢/٢١٤ (كرر)، وقد تقدم وزن الصاع بالغرامات.

ولو أَبَقَ بعد البيع قبل القبض: لم يبطل العقد.

ولا يجوز ابتداءً عقد النكاح علىٰ معتَدَّة، ولو طرأت عليها عدة وهي تحت زوج: لم يبطل النكاح، فليس حكم البقاء في ذلك حكم الابتداء.

مسألة: [جَزُّ الكلأ المشتَرىٰ علىٰ المشتري]

قال أبو جعفر: (وإذا اشترىٰ رُطْبَةً[١] قائمة في الأرض: جاز ذلك، وكان عليه جزُّها، وإن اشترط ذلك علىٰ البيِّع: فَسَدَ البيع).

وذلك لأن نقلها علىٰ المشتري، فإذا اشترط نقلها علىٰ البيِّع: فسد البيع؛ لأنه شَرَطَ شَرْطاً لا يوجبه العقد، بمنزلة مَن اشترىٰ طعاماً علىٰ أن يحمله البيِّع إلىٰ منزله.

مسألة: [البيع قبل القبض]

قال: (ومَن اشترىٰ شيئاً بعينه، أو في ذمته: لم يجز له بيعه قبل قبضه، ولا التولية[٢]، ولا الشركة).

قال أحمد: هذا في غير العقار، وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه «نهىٰ عن بيع ما لم يُقْبَض»[٣].

---

(١) «الرُّطْب: وزان قفل: المرعىٰ الأخضر، من بُقُول الربيع، وبعضهم يقول: الرُّطْبَة: وزان غرفة: الخلا، وهو الغض من الكلأ»، كما في المصباح المنير (رطب).

(٢) التولية: بيع ما اشترىٰ بما اشترىٰ، والتشريك: بيع بعض ما اشترىٰ بما اشتراه به، كما في طلبة الطلبة للنسفي ص ١١١، المغرب ١/٤٤١ (شرك).

(٣) جاء النهي في كتب السنن عن بيع ما لم يقبض بلفظ: «لا يحل بيع ما ليس عندك»، وهو في سنن الترمذي ٣/٥٣٤-٥٣٦ وقال: حديث حسن صحيح، سنن النسائي ٧/٢٨٨، سنن أبي داود ٣/٧٦٨، سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧، وصححه =

والإشراك، والتولية بيعٌ، فلا يجوز.

قال أبو جعفر: (والحوالة به كالبيع فيه، فلا يجوز شيء من ذلك).

قال أحمد: قوله: «والحوالة به كالبيع»: لا معنىٰ له[1]؛ لأن مِن قولهم: إنه إن كان في الذمة: جازت الحوالة به، ألا ترىٰ أن رجلاً لو كان له علىٰ رجل كُرُّ حنطة سَلَمَاً، فأحال به عليه رجلاً له كُرُّ حنطة: جاز، ولم يكن بمنزلة البيع.

ويجوز أيضاً للمسلَم إليه أن يحيل المسلِم بالسلم علىٰ غيره.

وإن كان المشترَىٰ عيناً: جازت الحوالة به أيضاً، ويكون المحال وكيلاً للمشتري في قبضه، فلا وجه لقوله: «إن الحوالة به كالبيع».

مسألة:

قال أبو جعفر: (والإقالة قبل القبض فسخٌ للبيع).

قال أحمد: هذا لا خلاف فيه بين الفقهاء[2]؛ لأن بيعه قبل القبض لا

الحاكم في المستدرك ٢/١٧، ووافقه الذهبي.

وقد توسع في تخريجه الزيلعي في نصب الراية ٤/١٨، وقد جاء الحديث في فتح العزيز للرافعي شرح الوجيز للغزالي بلفظ: «نهىٰ عن بيع ما لم يقبض»، كما ذكره الجصاص هنا، ولما جاء الحافظ ابن حجر ليخرج الحديث في التلخيص الحبير ٣/٢٥ ذكر لفظ: النهي عن بيع ما ليس عندك.

وجاء بلفظ: «لا تبيعن شيئاً حتىٰ تقبضه» عند البيهقي في السنن ٥/٣١٣ وقال: هذا إسناد حسن متصل، وتعقبه ابن التركماني، فلم يرتض تحسينه.

(١) وبهذا اعترض الإسبيجابي أيضاً في شرحه ١/ لوحة/ ١٧١.

(٢) يريد هنا ـ والله أعلم ـ أنه لا خلاف بين فقهاء المذهب، كما يظهر من =

يجوز، فدل أنها فسخ.

قال: (وهي بعد قبض المبيع فسخٌ أيضاً في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد[1]: بعد قبض المبيع بيعٌ مستقبَل، وقبل قبضه: فسخٌ للبيع).

قال أحمد: وجه قول أبي حنيفة: أن الإقالة في اللغة[2]: رَفْع العقد، والأصل فيها قولهم: أقال الله عَثْرَتَك، يعني: رَفَعَها وأزالها.

فإذا كانت رَفْعاً للعقد الأول، وهما دخلا فيها علىٰ هذا الوجه، لم يجز لنا أن نجعلها بيعاً مستَقبَلاً؛ لأنها تكون حينئذ غير ما تعاقدا عليه، كما لو أنهما عَقَدَا عقدَ هبة، لم يجز لنا أن نجعله عقدَ بيع.

وأيضاً: لا يختلفون أنها تصحُّ بغير تسمية ثمن، ولو كانت بيعاً مستقبَلاً: لما صحَّت بغير تسمية ثمن.

وأيضاً: تجوز الإقالة علىٰ القيمة بالاتفاق، والبيع المستقبَل لا يصح علىٰ القيمة.

وأما مذهب أبي يوسف: فهو كما قال.

وأما محمد: فإنها عنده إذا كانت بجنس الثمن الأول: فهي فسخ، ولا

كلامه الآتي في الإقالة بعد القبض، وإلا فالخلاف واقع بين الفقهاء في ذلك، كما في المغني ٤/٢٢٦.

(١) هكذا: محمد مع أبي يوسف، لكن في المطبوع من مختصر الطحاوي ص ٧٩ لم يذكر مع أبي يوسف محمداً، وسيأتي في كلام الجصاص بيان اختلاف قول محمد عن قول أبي يوسف.

(٢) القاموس المحيط (قيل)، المصباح المنير (قيل).

تصح إلا بالثمن الأول، وإن كانت بغير جنس الثمن: فهي بيع مستقبَل، كما قال أبو يوسف[1].

وذهب أبو يوسف إلىٰ أنها لمَّا وقعت بتراضيهما في حال يصح فيها عقد البيع، وجب أن تكون بيعاً، ألا ترىٰ أن حكمها حكم البيع في حق الغير في باب وجوب الشفعة بها، وامتناع رد المبيع بالعيب علىٰ بيِّعه.

ولا خلاف بينهم أنها في حق الغير بمنزلة البيع المستقبل، وكذلك إذا وقعت قبل القبض؛ لأنه عاد إلىٰ البيِّع بتراضيهما، وقال الله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾[2].

فمن حجة الغير أن يقول: ليس عليَّ مِن حكم العقد الأول شيء، وهذا قد عاد إلىٰ البيِّع ببدل عن تراضٍ منهما، وفسخكما لا يجوز علي، فهي بيع في حقي.

مسألة: [ما يجوز فيه التصرُّف قبل القبض]

قال أبو جعفر: (ومَن وجب له حق من قرض، أو ثمن مبيع، أو غصب، فابتاع به شيئاً بعينه: جاز، قَبَضَه أو لم يقبضه).

قال أحمد: الأثمان التي لا يُستَحق قبضها في المجلس، يجوز التصرف فيها قبل القبض.

والأصل فيه: حديث ابن عمر قال: كنتُ أبيع الإبل بالبَقيع، فآخذ بالدراهم الدنانير، وبالدنانير الدراهم، فسألتُ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم

---

(١) ومثله في الهداية، وفتح القدير ٦/١١٨-١١٩.

(٢) النساء: ٢٩.

فقال: «لابأس به ما لم تفترقا، وبينكما شيء»[١].

فثبت بذلك جواز التصرُّف في الأثمان التي لا يُستحق قبضها في المجلس قبل الافتراق.

فأما ما يُستحق قبضه في المجلس نحو ثمن الصرف، ورأس مال السَّلَم، فإنه لا يجوز التصرف فيه قبل القبض؛ لأن في إسقاط قبضه إفساد العقد.

ألا ترىٰ أنه لو أبرأ منه، لم تصحَّ براءته إلا أن يقبلها الآخر، فيكون حينئذ إقالةً وفسخاً للعقد.

[مسألة :]

قال أبو جعفر : (وإن ابتاع به شيئاً بغير عينه، فإن قبضه قبل أن يتفرقا: تمَّ البيع، وإلا: بطل).

قال أحمد : هذا علىٰ وجهين:

إن كان الأصل فيه دراهم أو دنانير أو فلوساً، فاشترىٰ بها طعاماً، أو نحوه من مكيل، أو موزون في الذمة، لم يصحَّ العقد رأساً؛ لأن هذه الأشياء إذا لاقت الأثمان كانت مبيعة، ولا يصح العقد علىٰ مبيع عندنا في الذمة إلا في السَّلَم خاصة.

وإن كان الأصل غير الدراهم والدنانير، وإنما هو طعام أو غيره من المكيل والموزون، ثم عَقَدَ به علىٰ مكيل أو موزون في الذمة، فهذا أيضاً علىٰ وجهين:

---

(١) تقدم.

إن جعل الأصل ثمناً، بأن قال: اشتريتُ منك كذا من طعام موصوف بما في ذمتك: لم يصح العقد؛ لأن الطعام المشترَىٰ في هذه الحالة مبيع في الذمة.

ولو قال: قد بعتُك الطعام الذي لي في ذمتك بكذا وكذا من زيت موصوف أو غيره: جاز البيع، واحتاج إلىٰ قبضه في المجلس؛ لأنه دَيْن بدَيْن، والدَّيْن بالدَّيْن معفو عنه مقدار المجلس، غير معفو عنه بعد المجلس.

ولو باع الطعام الذي في ذمته بدراهم أو دنانير: جاز أيضاً إذا قبض في المجلس؛ لأنهما أثمان.

مسألة : [جواز بيع الطعام قبل نقله إن كان قبضه بالتخلية]

قال أبو جعفر : (ومَن اشترىٰ طعاماً صُبْرة[1]، فقَبَضَه، جاز له بيعه، نَقَلَه عن موضعه الذي ابتاعه فيه، أو لم يَنْقُلْه).

وذلك لأن القبض في مثل هذا يقع بالتخلية؛ لأن هذا هو التسليم المستحق علىٰ البيِّع، فإذا فَعَل ما عليه: استحق الثمن، ونَقْلُ المشتري غير مستحق بالبيع، فلا يتعلق به حكم فيما بينهما، ألا ترىٰ أن المؤجِّر إنما يستحق الأجر بالتخلية، سكَنَها المستأجِر، أوْ لا.

مسألة : [جهالة جملة الثمن]

قال أبو جعفر : (وإذا اشترىٰ صُبْرَةَ طعامٍ علىٰ أن كلَّ قَفِيز[2] منها

---

(١) الصبرة: واحدة صُبَر الطعام، واشترىٰ الشيء صبرة: أي بلا وزن ولا كيل، مختار الصحاح (صبر).

(٢) القفيز: مكيال، وهو ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، كما في المغرب ٢/١٩٠، ٢١٤.

بدرهم: فإن البيع يصح في قفيز واحد في قول أبي حنيفة).

وذلك لأن جملة الثمن مجهولة، لا يصح العقد فيها، وثمن القفيز الواحد معلوم، فيصح العقد فيه.

* **قال**: (فإذا كَالَه البيِّع للمشتري، كان المشتري بالخيار، إن شاء أَخَذَ بقيَّتَها بعد القفيز، كلٌّ قفيز منها بدرهم، وإن شاء تَرَكَ).

وذلك لأن الجهالة قد زالت، فصحَّ البيع فيها، لزوال المعنىٰ الذي مِن أجله أبطلناه.

وإنما كان له الخيار؛ لأنه لم يعلم بَدْءاً بجملة الثمن، وإنما عَلِمَها الآن، فكان بمنزلة مَن اشترىٰ شيئاً لم يَرَه، فإذا رآه كان له الخيار، بمنزلة مَن اشترىٰ شيئاً برأس ماله، ثم عَلِمَ برأس المال.

* (وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمه البيع فيها كلها، كلٌّ قفيز بدرهم)؛ لأن المعقود عليه من الطعام معيَّن يصح البيع فيه، وإنما بقي علينا في جملة ثمنها أن نكيل الطعام، فلا يُفْسِد ذلك البيع.

* **قال**: (فإن اشترىٰ الصبرة كلَّها بمائة درهم، كل قفيز منها بدرهم: جاز البيع في جميعها، في قولهم جميعاً)؛ لأن الثمن معلوم، والطعامَ معيَّن.

* * * * *

باب المُصَرَّاة[١] وغيرها

مسألة: [ما يوجبه عَيب التَصْرية]

قال أبو جعفر: (وإذا اشترىٰ الرجل ناقةً، أو بقرةً، أو شاةً، علىٰ أنها لَبُون، ثم حَلَبَها مرةً بعد مرة، فتبيَّن له بنقصان لبنها، أنها مصرَّاة: فإنه يَرْجع علىٰ بيِّعها بنقصان عيبها، وليس له ردُّها عليه بوجه.

وقال أبو يوسف بعد ذلك: يردُّها وقيمةَ صاعٍ من تمر، واللبنُ له).

قال أحمد: قول أبي جعفر في الشاة ونحوها، إذا اشتراها علىٰ أنها لبون، وإجازة البيع فيها مع هذا الشرط، فإنَّ الذي نعرفه في مذهبهم في ذلك أن البيع فاسد[٢].

وقد رُوي عن محمدٍ في الرجل يشتري شاةً علىٰ أنها حلوب: أن البيع فاسد، وقد ذكره أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالىٰ في الجامع الصغير الذي صنَّفَه[٣].

قال أحمد: والأصل في ذلك، أن الشيء لا يدخل في حكم العقد،

---

(١) المُصَرَّاة: «التي جُمِع اللبنُ في ضَرْعها بتَرْك حَلْبها، ليغترَّ بها المشتري، فيزيد في الثمن»، كما في المغرب ١/٢١٥، المصباح المنير «صرىٰ».

(٢) وأشار إلىٰ هذا أيضاً الإسبيجابي في شرحه ١/ لوحة/ ١٧٥.

(٣) أي الإمام الكرخي، كما في كشف الظنون ١/٥٧٠، تحت عنوان: «الجامع الكبير».

ولا يكون له حصة فيه، إلا بأحد وجهين: إما أن يتناوله العقد بالتسمية، أو يقع عليه التسليم الموجَب بالعقد، وما عدا ذلك فليس بداخلٍ في العقد، ولا حصة له من الثمن.

واللبنُ الحادِث بعد القبض لا حكم له في العقد، وذلك لأن العقد لم يتناوَلْه؛ لأنه لا يصح العقد عليه علىٰ حِياله، ولم يقع عليه التسليم، فلما لم يكن داخلاً في العقد، لم يجز أن يكون له حصة فيه، وإذا امتنع ثبوت الحصة، امتنع ردُّ الأصل؛ لأن الناس فيه علىٰ قولين:

إما قائلٌ يقول: يردُّها ويردُّ معها صاعاً من تمر.

وقائلٌ يقول: لا يردُّها، ويرجع بأرش النقصان.

فلما امتنع إثبات الحصة للَّبن لما وصفنا، امتنع الرد.

وأيضاً: فإن الولدَ الحادِثَ بعد القبض، لا حصة له من الثمن بالاتفاق[1]، وهو جزء من أجزائها كاللبن، فوَجَبَ أن يكون كذلك حُكْم اللبن، إذ كل واحد منهما لا يصح إفراده بالعقد في حال اتصاله بالأصل، ولم يقع عليه التسليم.

قال أحمد: والولد واللبن وما جرىٰ مجراهما مما يَحْدُث بعد القبض، فإنه وإن لم يكن دَخَل في العقد، فهو موجَب به.

والدليل عليه: أن المشتري المغرور يرجع عند الاستحقاق بقيمة الولد علىٰ الغارِّ، فلولا أنه أوجبه له بالعقد، لَمَا رجع عليه بقيمته، حينئذ لم يسلم له إلا بضمان القيمة، فلم يَخْل حكم الأصل بعد حدوث

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٤٠.

الزيادة من أحد وجهين:

إما أن يفسخ العقد من الأصل علىٰ جميع الثمن، فيبقىٰ اللبن والولد للمشتري بغير شيء، وهو موجَب بالعقد، وقد انفسخ العقد، فلا يجوز أن يبقىٰ في يده ما هو موجَب به مع فسخه.

أو أن يردَّه بحصته مع حصة الولد واللبن، وهذا لا يجوز؛ لأنه لا حصة لهما إذا حَدَثا بعد القبض، لما بيَّنّاه، ومثله إذا كان مستهلَكاً، فهذا موافق للخبر الذي ذُكِر فيه ردُّ اللبن.

* وأما خبر المصراة، فإنه يروىٰ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ أربعة أوجه:

يروىٰ من طريق أبي هريرة علىٰ ثلاثة أوجه:

- أحدها: «مَن اشترىٰ شاة مصرَّاة فهو بأحد النظرَيْن: إن شاء أمسكها، وإن شاء ردَّ معها صاعاً من تمر»[1].

- والوجه الآخر: «فليردَّ معها صاعاً من طعام، أو تمر»[2].

---

(١) صحيح البخاري ٣٦١/٤، صحيح مسلم ١١٥٩/٣.

(٢) جاء في المخطوط: (من طعام لا تمراً)، ولما استمر المؤلف في الشرح في الصفحة التالية قال: «والخبر الذي ذكر فيه القمح والتمر...»، وقال أيضاً: «وجعل قيمة اللبن تمراً أو قمحاً...» مما يرجح أن الصواب: (من طعام أو تمر)، والمراد بالطعام هو القمح، كما في فتح الباري ٣٦٤/٤، وقد جاء في مسند الإمام أحمد ٣١٤/٤ بإسناد صحيح، كما قال ابن حجر في الفتح ٣٦٤/٤ «صاعاً من طعام أو صاعاً من تمر»، ولذا أثبت ما رأيته صواباً.

ويحتمل أن يكون الصواب: «صاعاً من طعام لا سمراء»، كما في رواية مسلم =

- والثالث: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا بِشر بن موسىٰ قال: حدثنا سعيد بن منصور قال: حدثنا فُلَيْح بن سليمان عن أيوب بن عبد الرحمن عن يعقوب بن أبي يعقوب عن أ بي هريرة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن اشترىٰ شاةً مصرَّاة، فالمشتري بالخيار ثلاثة أيام: إن شاء ردَّها، وصاعاً من لبن»(١).

فذكر في هذا الحديث صاعاً من لبن.

- والوجه الرابع: ما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا أبو كامل قال: حدثنا عبد الواحد قال: حدثنا صدقة بن سعيد عن جُمَيْع بن عُمَيْر التيمي قال: سمعت عبد الله بن عمر يقول: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن باع محفَّلة، فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردَّها، ردَّ معها مِثل لبنها، أو مثلَيْه قمحاً»(٢).

١١٥٩/٣ وتحرفت: «سمراء» إلىٰ: «تمراً»، لكن الأُولىٰ أَوْلىٰ، والله أعلم بالصواب.

(١) لم أهتد لهذه الرواية، لكن يُستأنس هنا بقول ابن حجر في فتح الباري ٣٦٥/٤ لما تكلم عن حديث المصراة قال: «ومنهم من قال هو حديث مضطرب لذكر التمر فيه تارة، والقمح أخرىٰ، واللبن أخرىٰ...».اهـ، ولعل هذه الرواية في سنن سعيد بن منصور، حيث رواها المؤلف من طريقه.

(٢) سنن أبي داود ٧٢٨/٣ وسكت عنه، سنن ابن ماجه ٧٥٣/٢، سنن البيهقي ٣١٩/٥ وقال: تفرد به جميع بن عمير، قال البخاري: فيه نظر.

قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٢٣/٣: «ضعَّفه البيهقي بجُمَيْع بن عمير، وهو مختلف فيه»، وقال في فتح الباري ٣٦٤/٤: في إسناده ضعف.اهـ. قال الخطابي في معالم السنن ٨٩/٥: ليس إسناده بذاك، ومثله قول المنذري في مختصر سنن أبي داود في الصفحة نفسها، وكذلك قول ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢٣١/٢.

فهذا يخالف الأخبار الأُوَل، من قِبَل أنه ذَكَر القمح، وذَكَر ردَّ المثل أيضاً، وهذه الألفاظ كلها صحيحة عندنا علىٰ مذهبنا، ولا تستقيم علىٰ مذهب مخالفنا، وذلك لأنه جائز أن يكون ذلك فيمَن اشترىٰ شاة علىٰ أنها تَحْلِب كذا وكذا، فيوجِب ذلك فساد العقد، فإذا حلَبَها، وَجَبَ عليه ردُّ اللبن إن كان قائماً بعينه، أو مِثْله إن كان مستَهلَكاً، فهذا موافق للخبر الذي ذُكر فيه ردُّ اللبن.

والخبر الذي ذُكِرَ فيه القمح والتمر، يجوز أن يكون علىٰ معنىٰ أنه جعله قيمةَ اللبن، وكان التمر والبُرُّ أوجدَ عندهم من الذهب والفضة.

وجِهَةٌ أخرىٰ، وهي أنه جائز أن يكون في حالٍ كان يجوز فيها عقد البيع علىٰ اللبن في الضرع، فصار مشترَىٰ معها، فلَم يمنع ذلك ردُّ الشاة، وجعل قيمة اللبن تمراً، أو قمحاً، وذلك منسوخ بنَهْي النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع، رواه ابن عباس[1].

ويحتمل أن يكون رجلٌ اشترىٰ شاةً بتمر، فحَلَبَها قبل القبض، ثم وَجَدَ بالشاة عيباً بعد القبض، وردَّها، وكانت حصة اللبن صاعاً من تمر من جملة الثمن.

---

(١) سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠، مسند أحمد ١/٣٠٢، سنن الدارقطني ٣/١٤.

قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٦: «روي من طريق عمر بن فروخ.. قال البيهقي: تفرد به عمر وليس بالقوي، قلت: وقد وثقه ابن معين وغيره».اهـ، ثم ذكر له طرقاً أخرىٰ، وقد توسع الزيلعي في تخريجه في نصب الراية ٤/١١.

وقد روي مرفوعاً، وموقوفاً علىٰ ابن عباس، ورجَّح ابنُ حجر الوقفَ، كما في الدراية ٢/١٥٠.

وحَمْل الخبر علىٰ مذهب المخالف خلاف الأصول؛ لأنه يوجب أن يكون لو اشترىٰ شاةً بصاع تمر، ثم حَلَبَها، أنه يردها ويردُّ معها صاعَ تمر، ومعلوم أن حصة اللبن أقل من صاع، فهذا خلاف الأصول من وجهين:

أحدهما: أنه يلزمه أكثر مما عليه.

والثاني: ما فيه من الربا؛ لأنه يأخذ عن نصف صاع تمر: صاعَ تمر.

مسألة: [ظهور العيب في الأَمَة المشتراة بعد استغلالها]

قال أبو جعفر: (ومَن اشترىٰ أَمَةً فاستغلَّها، ثم أصاب بها عيباً، ردَّها علىٰ بيِّعها، والغلة طيِّبة).

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا علي بن محمد بن أبي الشوارب قال: حدثنا مسدَّد قال: حدثنا مسلم بن خالد عن هشام بن عُروة عن أبيه عن عائشة أن رجلاً اشترىٰ غلاماً في عهد النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وبه عيبٌ لم يَعلم به، فاستغلَّه، ثم عَلِمَ بالعيب، فخاصَمَه إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله! إنه قد استغلَّه منذ زمان، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «الغلَّة بالضمان»[1].

---

(١) رواه الإمام أحمد في المسند ٦/ ٨٠، ١١٦، ١٦١ بلفظ: «الغلة بالضمان»، وكذلك الحاكم في المستدرك ٢/ ١٥، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

ورواه بلفظ: «الخراج بالضمان» الترمذي في سننه ٣/ ٥٨١ وقال: حسن صحيح، والنسائي ٧/ ٢٥٤، وأبو داود ٣/ ٧٨٠ قال أبو داود: هذا إسناد ليس بذاك. اهـ، وابن ماجه ٢/ ٧٥٤، المستدرك ٢/ ١٥، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ٢٢: «وصححه ابن القطان، وقال ابن حزم: لا يصح». اهـ.

وقد رواه جماعة عن عروة عن عائشة، وقالوا فيه: «الخراج بالضمان» والمعنىٰ واحد، الخراج المذكور في هذا الخبر، هو الغلة المذكورة في غيره.

مسألة: [ظهور العيب في الأمة المشتراة بعد وطئها]

قال أبو جعفر: (ولو جامَعَها، ثم أصاب بها عيباً، كان بيِّعها بالخيار: إن شاء أَخَذَها لا شيء له غيرها، وإن شاء ردَّ أرش عيبها من ثمنها، بِكْراً كانت أو ثيِّباً، وكذلك لو جنىٰ عليها جناية ثم وجد بها عيباً).

قال أحمد: الجماع عندهم بمنزلة ذهاب جزء منها بجناية المشتري، أو من السماء، والدليل علىٰ ذلك أن أصحاب النبي صلىٰ الله عليه وسلم اختلفوا في هذه المسألة:

فقال علي[1] عليه السلام: يرجع بأرش العيب، إلا أن يشاء البيِّع أن يقبلها، ويرد[2] الثمن.

وقال عمر[3]: «يردُّها، ويردُّ معها عُشْر ثمنها إن كانت بِكْراً، أو نصف العشر إن كانت ثيباً».

ثم اختلفوا في جناية المشتري عليها:

---

(١) مصنف عبد الرزاق ١٥٢/٨، سنن البيهقي ٣٢٢/٥، وقال: قال الشافعي: لا نعلمه يثبت عن عمر ولا علي ولا واحد منهما.اهـ، لكن ابن التركماني تعقبه وجوَّد سنده، وهو في كتاب الآثار لمحمد بن الحسن ص ١٦٢.

(٢) في الأصل (أو يرد).

(٣) سنن البيهقي ٣٢٢/٥.

فقال علي[١] عليه السلام: لا يردُّها، ويرجع بأرش العيب، إلا أن يشاء البيِّع أن يقبلها، ويردُّ جميع الثمن.

وقال عمر[٢]: يردُّها مع الأرش.

فحصل من اتفاقهم جميعاً أن وطء المشتري في الحكم، كجنايةٍ عليها، علىٰ حسب اختلافهم فيه، فلما ثبت عندنا في حكم جناية المشتري ما وصفنا، وَجَبَ أن يكون الوطء بمثابته.

فإن قيل: هلاَّ كان الوطء بمنزلة الاستخدام.

قيل له: لاتفاق الجميع من السلف[٣] علىٰ أنه في حكم الجناية دون الاستخدام، علىٰ ما بيَّنَّاه.

ويدل علىٰ الفصل بينهما، أنه لو اشترىٰ جاريةً علىٰ أنه بالخيار ثلاثاً، فاستخدمها: لم يبطل خياره، ولو وطئها: بَطَل خياره، كما لو جنىٰ عليها بَطَلَ خياره، فكان الوطء كالجناية دون الاستخدام.

وأيضاً: فإن استخدام الغير لها لا يوجب شيئاً، ووطؤه إياها لا يخلو من حدٍّ، أو مَهْر، فدلَّ علىٰ أن الوطء مخالف للخدمة.

ألا ترىٰ أنه يملك إباحة الخدمة، ولا يملك إباحة الوطء إلا من وجه العقد.

ودليل آخر: هو أنَّا لو فسخنا البيع بهذا الوطء، عادت إلىٰ ملك البيِّع

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) لم أهتد لتوثيق هذا الاتفاق.

علىٰ حكم الأصل، كأنَّ العقد لم يكن، وذلك يوجب حصول وطئه في غير ملك، وحصول الوطء في غير ملك، لا يخلو من حدٍّ، أو مهر، فلما امتنع وجود ذلك مع الرد، امتنع الرد.

مسألة: **[ظهور العيب في الأمة المشتراة بعد جناية غيره عليها]**

قال أبو جعفر: (ولو كان زوَّجها، أو جَنَىٰ عليها غيرُه جناية، فوجب لها مهرٌ، أو أرشٌ، ثم وَجَدَ بها عيباً، رجع علىٰ بيِّعها بأرش عيبها، ولم يكن لبيِّعها أخذُها).

وذلك لأن المهر الواجب بمنزلة أرش اليد، وأرش اليد بمنزلة الولد؛ لأنه بدل جزء من أجزائها، كما أن الولد جزء من أجزائها، فلما امتنع الرد مع حدوث الولد، امتنع مع الأرش والمهر.

مسألة: **[ظهور العيب بالأمة المشتراة بعد عِتقها]**

قال أبو جعفر: (ولو أعْتَقَها، ثم عَلِم بعيبها، رجع بأرشه علىٰ بيِّعها).

قال أحمد: وهذا استحسان من قولهم، وكان القياس ألاَّ يرجع؛ لأنه مَنَعَ الرد بفعله، كالقتل، والبيع، والهبة، إلا أنه استحسن الرجوع بأرش العيب.

والأصل فيما يمنع الرد من فعله، ويمنع الرجوع بأرش العيب أوْ لا يمنع: أن المشتري متىٰ مَنَعَ نَقْل الملك في المشترَىٰ بفعلٍ مضمون: لم يرجع بأرش العيب، ومتىٰ لم يمنع نَقْل الملك فيه بفعله، أو مَنَعه بفعلٍ غير مضمون: رجع بأرش العيب إذا تعذَّر ردُّ العيب.

فإذا باع فقد نقل الملك فيه بفعلٍ مضمون، وهو التسليم بعد منع البيع.

ألا ترىٰ مَن سلَّم مالَ غيره إلىٰ آخر: ضَمِنَه، وكذلك إذا وهب وسلَّم، فقد مَنَعَ نَقْل الملك فيه بفعلٍ مضمون، وكذلك لو قتله.

وأما إذا أعتقه، فإنه لم يمنع نَقْل الملك فيه بفعلٍ مضمونٍ؛ لأن العتق لا يوجب ضماناً علىٰ المعتِق.

ألا ترىٰ أن مَن أعتق عبدَ غيره، لم يضمنه، ولو سلَّمه ضمنه.

وأما إذا صَبَغَه أحمر[1]، فإن هذا وإن كان فعلاً يتعلق به الضمان في ملك الغير، فإنه لم يمنع نقلَ الملك فيه، ألا ترىٰ أنه يقدِر علىٰ نَقْل الملك فيه، وإنما تعذَّر الرد من طريق الحكم؛ لأنه لا يمكنه فسخ البيع في الزيادة التي حصلت بالصبغ، لأنه لم يدخل تحت العقد، ولا يمكنه فسخ البيع في الثوب دون الصبغ، فإنما امتنع رده من طريق الحكم، لا من جهة أنه لا يمكن نقل الملك فيه، ولذلك كان الأمر فيه علىٰ ما وصفنا.

مسألة: [قَتْل المشتري الأمةَ المشتراة المعيبة]

قال أبو جعفر: (ورَوىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف[2] أنه إذا

---

(١) هكذا بدأت الجملة في الأصل: (وأما إذا صبغه أحمر...)، وكذا في النسخة المغربية، وواضح تماماً أنها منقطعةُ المعنىٰ عما سبقها، وبذا يُعلم أن سقطاً حصل في النسختين يُقدَّر بسطر والله أعلم، وفيه يؤكد الجصاص ما مضىٰ بمثالٍ آخر عمن اشترىٰ ثوباً، ثم استعمله وأدخل عليه الصبغ.

(٢) للإمام أبي يوسف رحمه الله مؤلفات كثيرة، لكن الذي وصل إلينا من كتبه قليل، ومِن كتبه التي لم تصل: (الأمالي)، فله إملاءٌ رواه عنه بشر بن الوليد القاضي يحتوي علىٰ ستة وثلاثين كتاباً مما فرّعه أبو يوسف، وذكر شرف الدين القرتبي من مناقب أبي يوسف أنه صنف التصانيف المبسوطة، ومن ذلك الإملاء، والأمالي، وذكر أن الأمالي لأبي يوسف في ثلاثمائة مجلد، كانت موجودة في القرن العاشر في =

قتلها المشتري، ثم عَلِمَ بالعيب، رَجَعَ علىٰ البيِّع بأرش العيب).

قال أحمد: المشهور من قولهم جميعاً أنه لا يرجع بشيء.

مسألة: [أكل المشتري الطعامَ المشترَىٰ المعيب]

قال أبو جعفر: (ولو كان طعاماً فأكله، أو ثوباً فلبسه حتىٰ تخرَّق: لم يرجع بالأرش في قول أبي حنيفة).

للعلة التي وصفنا، وهي أنه مَنَعَ نَقْل الملك فيه بفعل مضمون.

(و قال أبو يوسف ومحمد: يرجع بأرش العيب استحساناً).

لأن الطعام يُشترىٰ للأكل، والثوبُ للُّبْس.

* ولو كان عبداً فقتله غيرُه، وأَخَذَ قيمتَه: لم يرجع علىٰ البيِّع بشيء؛ لأن أَخْذ القيمة بمنزلة أَخْذ الثمن بالبيع.

مسألة: [اختلاف البائع والمشتري فيمَنْ حَصَل عنده العيب]

قال: (وإذا اختلف البيِّع والمشتري في عيب يحدث مثله، فقال البيِّع: حَدَثَ عندك، وقال المشتري: حَدَثَ عندك، فالقول قول البيِّع مع يمينه علىٰ البَتَات بالله: لقد باعه وسلَّمه، وما به هذا العيب).

وإنما كان القولُ قولَ البيِّع؛ لأن الأصل فيه الصحة، والعيبَ حادثٌ، فالقول قول مدَّعي الأصل؛ لأنه معتصِمٌ بالظاهر.

وأيضاً: فإن المشتري يدعي لنفسه خياراً يوجب له فسخ البيع، فالقول قول البيِّع في نَفْيِه، كما لو ادعىٰ خيارَ الشرط، أو خيارَ الرؤية.

غزة في خزانة مفردة لها.اهـ من حسن التقاضي للكوثري ص/٣٢-٣٤ مختصراً.

وأيضاً: فإذا عَلِمْنا أن العيب حادِث، ولم يُعْلَم تقدُّمه علىٰ القبض، لم يجز الحكم به قبله؛ لأنا لا نعلم ما يدعيه المشتري من تاريخ حدوث العيب، فيحكم بحدوثه في أقرب الأوقات إلىٰ حال الخصومة.

* فإن نَكَلَ البيِّع عن اليمين، ردَّه عليه؛ لأن نكوله بمنزلة الإقرار، وهذا مما يؤخذ بالنكول؛ لأنه يصح بدله.

* وإن أقام المشتري البينةَ: قُبِلَت بينتُه، لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «البيِّنة علىٰ المدَّعي، واليمين علىٰ المدَّعىٰ عليه»(١).

والمشتري في هذه الحال هو المدعي.

مسألة: [ظهور العيب في شيءٍ مأكولُه في جَوْفه]

قال: (ومَن اشترىٰ شيئاً مأكوله في جوفه، وكَسَرَه فوَجَدَه فاسداً، فإنْ كان لقِشْره قيمة، يرجع بأرش العيب، إلا إن شاء البيِّع أن يقبله ويردَّ الثمن).

لأنه بمنزلة مَن اشترىٰ ثوباً فقَطَعه، ولم يَخِطْه.

قال: (وإن كان لا قيمة له، رجع بجميع الثمن).

لأنه لا يجوز أن يستحق ثمن ما لا قيمة له.

---

(١) سنن الترمذي ٦٢٦/٣، وقال: هذا حديث في إسناده مقال، البيهقي ٢٥٢/١٠، وإسناده حسن أو صحيح، كما قال الإمام النووي في شرح مسلم ٣/١٢.

ولفظ: «اليمين علىٰ المدعىٰ عليه»: هو في صحيح البخاري ٢٨٠/٥، وصحيح مسلم ١٣٣٦/٣.

وقد ذكر طرق الحديث ابن حجر في التلخيص الحبير ٢٠٨/٤.

مسألة : [مِلك مالِ العبد المشترَىٰ]

قال : (ومَن باع عبداً وله مالٌ، فمالُه للبيِّع إلا أن يشترط المبتاع، فيكون له علىٰ ما تحل عليه البياعات).

فكأنه باع عبداً، أو دراهم، أو دنانير، بثمنٍ مسمىٰ، فيجوز علىٰ الاعتبار.

وإنما كان مالُه للبيِّع؛ لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن باع عبداً، وله مال، فماله للبيِّع إلا أن يشترط المبتاع»(١).

وإنما جاز بيعه مع ماله، علىٰ الاعتبار الذي تجوز عليه البياعات؛ لأن مالَه ليس يتبع العبد، بل هو بمنزلة سائر أموال المولىٰ، بدلالة أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يُدْخِلْه في العقد علىٰ العقد إلا بالشرط.

مسألة : [جناية العبد المشترَىٰ في بني آدم]

قال أبو جعفر : (وإذا جنىٰ العبدُ جنايةً في بني آدم، ثم باعه مولاه، فإن عَلِمَ بالجناية: فعليه الأرش كاملاً، وإن لم يعلم: فعليه الأقلُّ من قيمة العبد، أو الأرش).

وذلك لأن جناية العبد في رقبته، والمولىٰ فيها بالخيار، إن شاء ألزمها بعيبه، وأسقطها عن الرقبة، وإن شاء دفع الرقبة بها.

فإذا باعه مع العلم بالجناية، فقد اختار إلزامها نفسه، فتلزمه، وإذا لم يعلم بالجناية، فعليه الأقلُّ؛ لأنه لم يختر إلزامَ نفسه الجناية، إلا أنه قد أتلف رقبةً كانت الجناية فيها، فيغرم قيمة الرقبة، إلا أن تكون الجناية بأقل، فيلزمه الأقل.

---

(١) صحيح البخاري ٤٩/٥، صحيح مسلم ١١٧٣/٣.

مسألة : [جناية العبد المشتَرىٰ في مال]

قال: (وإن كانت الجناية في مال، فباعه المولىٰ، فللغرماء أن يفسخوا البيع، فإن فسخوه كان لهم أن يستسعُوه في دَيْنهم، وإن شاؤوا رفعوه إلىٰ الحاكم حتىٰ يبيعه لهم، وإن شاؤوا أجازوا البيع، وأخذوا الثمن).

وذلك لأن حق الغرماء ثابت في ذمة العبد، لا سبيل للمولىٰ إلىٰ إسقاطه، وأما الجناية فإنما هي في الرقبة، لا في الذمة، وللمولىٰ إسقاطها.

ألا ترىٰ أنه لو أعتقه: بطلت الجناية من الرقبة، ولم يبطل الدَّيْن، وإذا كان حق الغرماء ثابتاً في الذمة، فلهم أن يستوفوه من السعاية، ولهم أن يستوفوه من الثمن، فمِن أجل ذلك كان لهم فَسْخ البيع، وإن شاءوا أجازوه، وأخذوا الثمن.

* ولهذه المسائل مواضع أُخر، هي أَوْلىٰ بها من هذا الموضع، ولذلك لم نستقص القول فيها هاهنا، وستجدها في مواضعها من هذا الكتاب[١]، مشروحة مفسَّرة إن شاء الله تعالىٰ.

مسألة : [البيع بالبراءة من العيوب]

قال أبو جعفر : (والبيع بالبراءة من العيوب جائزٌ في الحيوان وغيره).

قال أحمد : لا خلاف بين أهل العلم[٢] في جواز البيع مع شرط

---

(١) في آخر كتاب القصاص والديات، باب جناية العبد.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٢٣٨.

البراءة من عيوبٍ محصورة معلومة، وأن ذلك شرطٌ لا يفسد البيع.

وإنما اختلفوا في جواز شرط البراءة من العيوب مطلقاً، فأجازها أصحابنا.

والأصل في جواز البراءة من المجهول: حديث عبد الله بن رافع عن أم سَلَمة «أن رجلين اختصما إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم في مواريث قديمة، قد دَرَسَتْ، فقضىٰ لأحدهما علىٰ صاحبه، فقال الآخر: والله إن حقي لحَقٌّ يا رسول الله، فأمرهما أن يعيدا الخصومة، فأعاداها، فقضىٰ عليه ثانياً، حتىٰ فعل ذلك ثلاث مرات، ثم قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: إنكم لتختصمون إليَّ، ولعلَّ بعضكم يكون ألحنَ بحُجَّته من بعض، وإنما أقضي بما أسمع، فمن قضيتُ له من حق أخيه بشيء، فإنما أقطع له قطعةً من النار.

فقال له المقضيُّ عليه: قد جعلتُ حقي له، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: لا، ولكن اذهبا، فاستَهِمَا، وتوخَّيا الحق، وليُحْلِل كلٌّ واحدٍ منكما صاحبَه»[1].

فقوله: «وليُحْلِل كلٌّ واحدٍ صاحبَه»، مع ما ذُكر في الخبر

---

(١) سنن أبي داود ٤/١٤، وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ٥/٢١٠، وهو حديث صحيح أو حسن، حيث أورده ابن حجر في زيادات الباب في الفتح ١٣/١٧٤، مسند أحمد ٦/٣٢٠، وليس فيهما إعادة القضاء.

وأصل الحديث: «إنكم تختصمون إلي...» في الصحيحين: البخاري ٥/٢٨٨، ١٣/١٧٢، صحيح مسلم ٣/١٣٣٧، وللحديث عدة ألفاظ متقاربة المعنىٰ في الصحيحين وكتب السنن.

أنهما اختصما في مواريثَ قديمةٍ قد دَرَسَت، أصلٌ في جواز البراءة من المجاهيل[1].

ويدل عليه أيضاً: أن البراءة إسقاط حق، فأشبهت العتق، فلما جاز العتق في عبيدٍ مجهولين، كان كذلك حكم البراءة.

ويدل عليه أيضاً: أنه لو سمَّىٰ جنسَ العيب، فأبرأ من الشلل، أو القروح، أو الشجاج: جاز بالاتفاق، وهي مجهولة، فكذلك إذا أبهَمَهَا.

وروي[2] نحو قولنا عن ابن عمر، وزيد بن ثابت.

مسألة : [شراء ما باعه بأقلَّ من الثمن قبل قبضه الثمن]

قال : (ومَن باع شيئاً، لم يجز له أن يشتريَه بأقل من ذلك الثمن، قبل أن يَنْقُدَ جميع الثمن).

قال أحمد : الأصل فيه: ما روي «أن امرأةً سألتْ عائشةَ فقالت: إني بِعتُ من زيد بن أرقم خادماً[3] بثمانمائة درهم إلىٰ العَطاء، ثم اشتريتُها بستمائة، فقالت: بئس ما شَرَيْتِ، وبئس ما اشتريت، أبلِغِي زيدَ بن أرقم أن الله قد أبطَلَ جهادَه مع رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم إن لم يَتُب.

فقالت: أرأيتِ إن لم أجد إلا رأس مالي؟

---

(١) ويستفاد من قوله: «وتوخيا الحق»: جواز الإبراء من المجهول، لأن التوخي لا يكون في المعلوم.اهـ من فتح الباري ١٣/١٧٦ عن ابن العربي المالكي.

(٢) سنن البيهقي ٥/٣٢٨، والجوهر النقي في الصفحة نفسها.

(٣) الخادم: واحدُ الخدم، غلاماً كان أو جارية، كما في الصحاح (خدم)، وقد ذكرت هذا إيضاحاً؛ لأنها قالت بعد كلمات: «ثم اشتريتُها»: بالتأنيث، أي اشتريت الجارية، وهي مثبتة في المغربية.

فقالت عائشة: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾»[١].

ولا جائز أن يكون هذا القول منها إلا توقيفاً عن الرسول عليه الصلاة والسلام.

والدلالة علىٰ ذلك من وجهين:

أحدهما: أن ما كان طريقه الاجتهاد والرأي، لا يلحق فاعلَه فيه الوعيد.

والثاني: لأن مقادير عُظْم الأجرام لا تعلم إلا توقيفاً، كما أخبرت بمقدار الجرم، فإن مثله يبطل الاجتهاد، فعُلِمَ أن ذلك توقيفاً.

ولا يجوز أن يكون لأجل البيعَ إلىٰ العطاء؛ لأن هذا الخبر قد دلَّ علىٰ أن من مذهب عائشة جواز البيع إلىٰ العَطاء؛ لأن البيع إلىٰ العطاء لو كان عندها فاسداً، لكان الشراء الثاني فسخاً للأول؛ لأنه لا خلاف[٢] أن مَن باع شيئاً بيعاً فاسداً، ثم اشتراه من المشتري: أن الشراء الثاني فسخٌ للأول، لا يستحق به فاعله الذم، فلما ذمَّتْها علىٰ العقدَيْن جميعاً بقولها: «بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت»، دلَّ علىٰ أن البيع الأول إلىٰ العطاء كان جائزاً عندها، وأن الثاني كان فاسداً.

فإن قيل: فكيف أنكرتْ عليها البيعَ الأول، وهو صحيح عندها[٣].

---

(١) سنن البيهقي ٥/٣٣٠، وقوَّىٰ سنده ابن التركماني في الجوهر النقي.

(٢) القوانين الفقهية ص١٧٢.

(٣) في الأصل (عندنا)، والتصويب من النسخة المغربية، وأيضاً من الجوهر النقي لابن التركماني ٥/٣٣١، فقد نقل نص الجصاص هذا بلفظ: «عندها»، وهو ما يقتضيه السياق.

قيل له: لأنها علمت أنها قصدت به إلىٰ إيقاع العقد الثاني، كما ترىٰ الناس يفعلونه.

مسألة : [الخيانة في الإخبار بالثمن في بيع المرابحة والتولية]

قال أبو جعفر : (وإذا باع الرجلُ من الرجل شيئاً مرابحة[١]، ثم عَلِمَ المشتري بخيانةٍ كانت من البيِّع... إلىٰ آخر ما ذَكَر)[٢].

قال أحمد : من مذهب أبي يوسف: أن المرابحة والتولية سواء، تُحَطُّ فيهما جميعاً الخيانة.

ومن مذهب محمد: أنهما سواء، ولا تُحَطُّ الخيانة، لكن للمشتري الخيار في فسخ البيع.

وأما أبو حنيفة فيَحطُّ الخيانة في التولية، ولا يحطُّها في المرابحة، ويجعل له الخيار في الفسخ.

وجه قول أبي حنيفة: أن الخيانة لا تُخْرِج عقدَ المرابحة مِن أن يكون عقدَ مرابحة، وإنما سمَّىٰ ما حكمه أن يكون ربحاً: رأسَ مال، فإذا لم تُخرجه الخيانة من أن يكون عقد مرابحة، لم يجز الحطُّ، ووجب الخيار؛ لأن ما كان رأسَ مال، فهو أفضل في كونه ثمناً من أن يكون ربحاً، فصار كمن اشترىٰ عبداً بثمن مؤجل، وباعه مرابحة بثمن حال، فيكون للمشتري

---

(١) المرابحة: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، والتولية من غير زيادة ربح، كما في مختصر القدوري ٢/٣٣.

(٢) تتمة عبارة المختصر ص٨٢: «بخيانة كانت من البائع له في ثمنه، زادها عليه...»، ثم ذكر الطحاويُّ أقوال أئمة المذهب، وقد ذكرها الجصاص رحمه الله في شرح العبارة.

الخيار، لأن الحالَّ أفضل من المؤجل.

وأما التولية: فإن إثبات الخيانة فيه يخرجه من أن يكون عقد تولية؛ لأنه يصير عقد مرابحة، وهما لم يدخلا في عقد مرابحة، فلا يجوز أن يلزمه إياه.

ولأبي يوسف: أن البيِّع قد رضي بنَقْله إليه بالعقد الأول، وزيادة الربح المذكور، فلا بد من أن تُحطَّ الخيانة مع رضا البيِّع ببيعه بغير خيانة.

ولمحمد: أن البيِّع وإن كَذَب في الثمن، فإنه لم يرض بنقله إليه إلا بالثمن المسمَّىٰ في العقد الثاني، فلا يُحطُّ عنه شيء، ولكن للمشتري الخيار.

مسألة: [اختلاف المتبايعين في الثمن والمبيع قائم]

قال أبو جعفر: (وإذا اختلف المتبايعان في الثمن، والمبيع قائم: تحالفا).

وذلك لما رواه جماعة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن جَدِّه عبد الله بن مسعود أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «إذا اختلف البيِّعان، والمبيع قائم بنفسه، وليس بينهما بيِّنة: فالقول ما قال البيِّع، أو يترادَّان»(١).

والخبر مرسل في الأصل؛ لأن عبد الرحمن بن عبد الله يقال إنه لم

---

(١) بهذا اللفظ في سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢، ورواه النسائي ٣٠٢/٧، سنن أبي داود ٧٨٠/٣-٧٨٣، المستدرك ٤٥/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، البيهقي ٣٣٢/٥، وللحديث طرق كثيرة بألفاظ متقاربة، وقد فصل الكلام عنها وعن اتصالها وقبولها الزيلعي في نصب الراية ١٠٥/٤-١٠٧، وابن حجر في التلخيص الحبير ٣٠/٣-٣٢.

يسمع من أبيه شيئاً، ثم كثيرٌ من الرواة لا يذكرون فيه عبد الرحمن، وإنما يروونه عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله، إلا أنه لا يضره إرساله عندنا.

وعلىٰ أن هذا الخبر مع إرساله قد اتفق فقهاء الأمصار[1] من قابلي المراسيل ورادِّيها، علىٰ قبوله، واستعمال حكمه.

قال أحمد: ومن الفقهاء مَن يقول إن القياس ما ورد به الأثر، من إيجاب التحالف والترادِّ عند الاختلاف، من قِبَل أنَّ كلَّ واحدٍ من البيِّعَيْن يدعي عقداً غير ما ادعاه الآخر، فصار كل واحدٍ منهما مدَّعياً علىٰ صاحبه، فيتحالفان ويُفسخ البيع؛ لأن واحداً منهما لم تثبت دعواه.

وأما أصحابنا فإنهم قالوا: القياس أن يكون القول قول المشتري، لاتفاقهما علىٰ حصول السلعة للمشتري في عقدٍ صحيح، والبيِّع مدعٍ لزيادة الثمن، فعليه البيِّنة، والقول قول المشتري، إلا أنهم تركوا القياس للأثر.

وكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله يميل إلىٰ القول بأن القياس ما جاء به الأثر، قال: ألا ترىٰ أن البيِّع لو قال: بِعْتُكَه بألف درهم، وقال الآخر: وهبتَه لي: أنهما متفقان علىٰ حصول الملك للمشتري بعقدٍ صحيح، ولم يختلفوا أنهما يتحالفان قياساً؛ لأن مدَّعي الهبة غيرُ مصدَّق علىٰ دعواه إلا ببينة، وكذلك مدِّعي الثمن بالبيع.

وكذلك لو قال أحدُهما: بِعْتَنِيْه، وقال الآخر: تزوجتُكِ عليه لامرأةٍ خاطبها بذلك: تحالفا.

---

(١) نقل ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ٣١ عن ابن عبد البر مثل ذلك.

قال: فالقياس عند الاختلاف في الثمن أن يتحالفا، علىٰ ما قدَّمْنا من الأصل.

فصل: [واختلاف المتبايعين في الثمن والسلعة هالكة]

قال أبو جعفر: (فإن كانت السلعة هالكة: فالقول قول المشتري مع يمينه، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يتحالفان ويترادَّان علىٰ القيمة).

وجه قولهما: ما قدَّمنا مِن أن القياس يوجب أن يكون القولُ قولَ المشتري، فلما جاء الأثر في وجوب الترادِّ في حال قيام السلعة، تركنا له القياس، وما عداه محمول علىٰ الأصل.

فإن قيل: قد روي في أخبار أُخَر: «إذا اختلف البيِّعان فالقول ما قال البيِّع، أو يترادَّان»[1]، ولم يذكر حال قيام السلعة.

قيل له: كل الأخبار المروية فيه تنتظم حال قيام السلعة؛ لأنه قال: «أو يترادَّان»، والترادُّ لا يكون إلا والسلعة قائمة؛ لأن المستهلَكَة لا يمكن ردها.

وأيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لو أُعْطِيَ الناس بدعاويهم، لادَّعىٰ ناسٌ دماءَ قوم، وأموالَهم، ولكن البينة علىٰ المدَّعي، واليمين علىٰ المدَّعىٰ عليه»[2].

فَمَنَعَ عليه الصلاة والسلام أن يستحق أحدٌ علىٰ غيره شيئاً بقوله؛ لأن

(١) كما في رواية الإمام مالك في الموطأ بلاغاً ٦٧١/٢، وتقدم.

(٢) صحيح مسلم ١٣٣٦/٣ بلفظ: «وأموالهم... ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه»، وهو بنفس اللفظ عند البيهقي في السنن ٢٥٢/١٠.

دعواه قولُه، فلو أوجبنا التراد، لاستحق البيعُ القيمة بقوله، وهذا لا يجوز.

وأيضاً: قد هلكت السلعة علىٰ ملك المشتري عن عقد صحيح، لاتفاقهما علىٰ صحته، والاختلاف إنما يوجب فسخه في الحال التي يجب فيها الترادُّ، ولا سبيل إلىٰ فسخ العقد علىٰ سلعة هالكة.

ألا ترىٰ أنهما لو تقايلا: لم تصح الإقالة، ولو اطَّلع علىٰ عيبٍ بها بعد الهلاك: لم يصح فَسْخ العقد فيها بالعيب، فلذلك لا يصح فسخه بالتحالف.

وقال محمد: اختلافُهما في الثمن مَنَعَ صحة العقد؛ لأن كل واحد منهما غيرُ مصدَّقٍ علىٰ صاحبه فيما ادَّعاه من الثمن، ولا يختلف حكمه في حال قيام السلعة وهلاكها.

ويفسخ البيع فيه علىٰ القيمة، كسائر البياعات الفاسدة.

فصل:

قال أحمد: التحالف الواجب عند الترادِّ غير مذكور في عامة الأخبار، وإنما جهة وجوبه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «البيِّنة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ المدعىٰ عليه»[1].

وقد ذُكِرَ: «اليمين»: في بعض أخبار عبد الله من غير طريق القاسم بن عبد الرحمن، وهو ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن داود بن توبة السراج قال: حدثنا الحَكَم بن موسىٰ قال: حدثنا سعيد بن مَسْلَمة

(١) تقدم.

عن إسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عُمَيْر عن ابنٍ لعبد الله بن مسعود عن ابن مسعود قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «إذا اختلف البيِّع والمشتري، ولا شهادة بينهما استُحْلِف البيِّع، وكان المبتاع بالخيار: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك»[1].

مسألة: [بيع الآبق، والسمكِ في الماء]

قال أبو جعفر: (ولا يجوز بيع الآبق علىٰ حال، ولا بيعُ سمكٍ لم يُصْطَد[2]، ولا سمكٍ لا يُؤْخَذ إلا بصيد مستأنَف).

قال أحمد: وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم النهي عن بيع الآبق[3].

ولأنه غَرَرٌ غير مقدور علىٰ تسلميه، فهو كبيع السمك في الماء، والطير في الهواء.

وقد حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل قال: حدثنا أبي قال: حدثنا محمد بن السِّمَاك أبو العباس عن يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلىٰ

---

(١) سنن النسائي ٣٠٣/٧، سنن الدارقطني ١٨/٣-٢٠، مسند أحمد ٤٦٦/١، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣٠/٣، فيه انقطاع، وقد تكلم عن طرقه، ونقل تصحيحه عن ابن السكن والحاكم.

(٢) في المطبوع من مختصر الطحاوي ص٨٢: «ولا بيع طير لم يصطد»، والجصاص رحمه الله في الصفحة التالية يؤكد عبارة: «السمك الذي لم يصطد».

(٣) تقدم.

الله عليه وسلم: «لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غَرَر»[١].

ورواه هُشَيْم عن يزيد بن أبي زياد بإسناده مثله موقوفاً.

قال عبد الباقي: لم يرفعه إلا أحمد بن حنبل عن ابن السِّمَاك، وهو عجيب، وابن السماك ثقة[٢].

* فأما السمك الذي لم يُصْطَد: مثل ذلك، فإن البيع يبطل فيه من وجهين:

أحدهما: أن بيِّعه لا يملكه؛ لأنه مباح لا يملكه أحد إلا باصطياد.

والثاني: لأنه غرر غير مقدور علىٰ تسليمه.

* فأما ما قد اصطِيْد، ثم سُيِّب في الماء: فإن البيع يبطل فيه من وجهٍ واحد، وهو الغرر، وتَعَذُّرُ التسليم.

---

(١) مسند أحمد ١/٣٨٨، البيهقي ٥/٣٤٠، قال البيهقي: هكذا روي مرفوعاً، وفيه إرسال بين المسيب وابن مسعود، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً علىٰ عبد الله ا.هـ.

قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٧ بعد أن نقل كلام البيهقي: قال الدارقطني في العلل: اختلف فيه، والموقوف أصح، وكذا قال الخطيب وابن الجوزي، وفي الباب عن عمران بن حصين مرفوعاً رواه أبو بكر بن أبي عاصم في كتاب البيوع له، ولفظه: «نهىٰ عن بيع.... وعن بيع السمك في الماء....».

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/٨٠ «رواه أحمد موقوفاً ومرفوعاً والطبراني في الكبير كذلك، ورجال الموقوف رجال الصحيح، وفي رجال المرفوع شيخ أحمد: محمد بن السماك، ولم أجد مَن ترجمه، وبقيتهم ثقات» ا.هـ.

(٢) ذكره ابن حبان في الثقات، كما في تعجيل المنفعة لابن حجر ص/٣٦٤، وترجم له الخطيب البغدادي في تاريخه ٥/٣٦٨.

مسألة : [خيار المالك في بيع الفضولي بثمن في الذمة]

قال أبو جعفر : (ومَنْ باع شيئاً بغير أمر مالكه، بثمنٍ في الذمة، فمالكُه بالخيار: إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ، ما لم يَمُتْ أحدُ المتعاقدَيْن).

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن موسىٰ الكُدَيْمِي[1] قال: حدثنا أبو عاصم النَّبِيْل قال: حدثنا سعيد بن زيد عن الزبير بن الخِرِّيت عن أبي لَبِيْد «عن عروة البارقي قال: أعطاني رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ديناراً لأشتريَ له شاةً، فاشتريتُ له شاتَيْن، فبعتُ إحداهما بدينار، وجئتُ بالأخرىٰ، فقال: أحسنت»[2].

وقد روىٰ هذا الحديث عن الزبير بن الخِرِّيت محمدُ بن ذكوان أيضاً.

وحدثنا عبد الباقي قال: حدثنا بِشر بن موسىٰ قال: حدثنا الحميدي قال: حدثنا سفيان قال: حدثنا شَبِيْب بن غَرْقَدة أنه سمع الحيَّ[3] يحدثون أنهم «سمعوا عروة البَارقي يقول: أعطاني رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ديناراً أشتري به أضحية، فاشتريتُ له شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاة، فدعا النبي صلىٰ الله عليه وسلم له بالبركة في بيعه، فكان لو

---

(١) في الأصل: (الكديني)، والتصويب من الجرح والتعديل ٨/٨٥.

(٢) الحديث روي بألفاظ متقاربة، وهو في صحيح البخاري ٦/٦٣٢، سنن الترمذي ٣/٥٥٩، سنن أبي داود ٣/٦٧٧، سنن ابن ماجه ٢/٨٠٣.

وقد توسع في بيان ألفاظه وطرقه والحكم عليها الزيلعي في نصب الراية ٤/٩١، وابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٥.

(٣) سمع الحي: أي قبيلته، كما في فتح الباري ٦/٦٣٤.

اشترىٰ الترابَ لَربِحَ فيه»[١].

وحدثنا دعلج بن أحمد قال: حدثنا موسىٰ بن هارون قال: حدثنا إبراهيم بن الحجَّاج قال: حدثنا سعيد بن زيد عن الزبير بن الخِرِّيت عن أبي لبيد عن عروة البارقي نحو الحديث الأول.

«قال: فقلتُ: يا رسول الله: هذا دينارُكم، وهذه شاتكم.

قال: كيف صنعتَ؟ فحدَّثته بالحديث، فقال: اللهم بارك له في صَفْقة يمينه»[٢].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا موسىٰ بن زكريا التُسْتَرِي قال: حدثنا هلال بن بشر قال حدثنا عمر بن عِمران العلاَّف قال حدثنا الحارث بن عتبة عن حبيب بن أبي ثابت عن عَمرو بن واثلة أو عامر بن واثلة «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أعطىٰ حكيمَ بن حزام ديناراً، وأمَرَه أن يشتريَ له أضحية، فاشترىٰ، وباع، ثم اشترىٰ، ثم جاء إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم بدينارٍ وشاة، فقال: ما هذا؟ قال: بعتُ واشتريتُ وربحتُ، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: بارك الله لك في تجارتك، وأَخَذَ الدينار، وتصدَّق به، وأَخَذَ الشاة، فضحَّىٰ»[٣].

---

(١) هذه رواية البخاري في صحيحه.

(٢) قريب من هذا اللفظ عند الترمذي ٣/٥٥٩.

(٣) قريب من هذا اللفظ عند الترمذي ٣/٥٥٨ قال الترمذي: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.اهـ، ولكن في رواية الجصاص حبيب يروي عن عامر بن واثلة، وأخرجه أبو داود ٣/٦٧٩ وفي إسناده رجل مجهول، كما في نصب الراية ٤/٩٠.

فدل هذان الخبران علىٰ صحة قولنا؛ لأن عروة وحكيماً باعا ما اشتريا بغير أَمْر النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وأجاز النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بيعَهما بأخذه الدينار.

فإن قيل: في حديث عروة أنه أَمَره بشراء شاة، فاشترىٰ شاتَيْن ولم يَفسَخْه النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ولم يدل علىٰ وقوف الشراء، كذلك البيع.

قيل له: قد ذُكِرَ في حديث شبيب بن غرقدة أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أمره أن يشتريَ له أضحية، والأضحية مصدر لا يختص بعددٍ دون عدد، فتناولت الواحدة فما فوقَها.

ويجوز أن يكون قال له: اشترِ شاة، ثم قال له: اشتر أضحية، فيصح اللفظان جميعاً، ويكون مخيَّراً.

* وأما وجه حديث حكيم بن حزام، وقد كان باع ما اشترىٰ، ثم اشترىٰ بأحد الدينارَيْن، ولم يكن مأموراً بالشراء الثاني، فأَخَذَه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم، فهو أنه كان مشترياً لنفسه، فلما رَضِي أن يعطيَه النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم بالدينار الذي نَقَدَه، وحَصَلَ في ضمانه، وأخذه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم منه، صار ذلك بيعاً فيما بينهما.

دليل آخر: وهو قول الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1]، فوجب وقوعه علىٰ عموم اللفظ.

فإن قيل: دلَّ علىٰ أنه بيع.

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

قيل له: لا يمنع أحدٌ من إطلاق القول بأنه باع ما لا يملك، فلما سُمِّي بيعاً علىٰ الإطلاق، تناوَلَه عموم اللفظ.

وأيضاً: فإن البيع عبارة عن الإيجاب والقبول، وليس هو عبارة عن إيجاب الملك بالعقد، ألا ترىٰ أن المالكَيْن لو تعاقدا علىٰ أنهما بالخيار ثلاثاً، كان واقعاً من غير إيجاب ملك.

وأيضاً: الوكيلان يعقدان ولا يملكان، فإذاً ليس شرط وقوع البيع أن يكون العاقد مالكاً.

وأيضاً: روىٰ عَمْرو بن خارجة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة»[1].

فإذا وَقَفَ وصيتَه التي لم يملكها علىٰ إجازة مَن يستحق، وصار ذلك عقداً موقوفاً علىٰ مجيزه، فوجب أن يكون البيع الموقوف كذلك، والمعنىٰ الجامع بينهما أنه عَقْدٌ له مجيزٌ، فوَقَفَ عليه.

وكذلك إذا أوصىٰ بجميع ماله، كان ما فوق الثلث موقوفاً علىٰ إجازة الورثة، فإن أجازوه: جاز.

وأيضاً: الملتقِط إذا تصدَّق باللُّقَطَة، ثم حَضَرَ صاحبُها، كان بالخيار بين الأجر والضمان، فوقف عقد الصدقة علىٰ إجازة المالك.

وكذلك كل عقدٍ له مجيز في الحال، فإنه يقف علىٰ إجازة مجيزه.

---

(١) سنن الدارقطني ١٥٢/٤ بلفظ: «إلا أن يشاء الورثة» قال ابن حجر في الدراية ٢٩٠/٢: رجاله لابأس بهم، وقد توسع ابن حجر في تخريجه، وذكر ألفاظه في فتح الباري ٣٧٢/٥، والتلخيص الحبير ٩٢/٣.

فإن قيل: روىٰ عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «نهىٰ عن بيع ما لم يُمْلَك»[١].

قيل له: معناه ما روي في سائر الأخبار، أنه نهىٰ عن بيع ما ليس عنده.

وأيضاً: فإن حديث عَمْرو بن شعيب هذا، قد روي علىٰ غير هذا الوجه.

حدثنا عبد الباقي بن قانع حدثنا موسىٰ بن الحسن بن أبي عبَّاد قال: حدثنا عبد الله بن بكر قال: حدثنا سعيد عن مطر الورَّاق عن عَمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «ليس علىٰ الرجل بيعٌ فيما لا يملك»[٢].

فيشبه أن يكون هذا أصل الحديث، ومعناه: إذا باع ملك غيره، لم يلزمه تسليمه، ولم يُؤْخَذ به، ولا دلالة فيه علىٰ نفي وقوع البيع.

ويدل علىٰ أن المعنىٰ ما ذكرنا: اتفاق الجميع[٣] علىٰ جواز بيع ما لا يملكه العاقد، وهو الوكيل، يجوز بيعه، ولا يَملِك ما باع.

* وأما الشراء فإنما لم يقف علىٰ الغير، من قِبَل أنه قد صح عليه ولزمه، وما قد لزم وصح لا يكون موقوفاً.

وأيضاً: فإن المشتري للغير، إذا كان وكيلاً ينتقل الشيء إليه، ومن

---

(١) سنن البيهقي ٥/٣١٣، وتقدم تخريج حديث النهي عن بيع ما لم يقبض.

(٢) قريب من هذا اللفظ في سنن البيهقي ٥/٣٣٩.

(٣) المغني ٥/٢٠٣.

جهته ينتقل إلىٰ الموكِّل، فإذا لم تتقدم له وكالة: استقرَّ ملْكه فيه، فلا يقف.

ويدل علىٰ أن الشيء ينتقل إلىٰ الوكيل، ومن جهته ينتقل إلىٰ الموكِّل: أنه متىٰ خالف: لَزِمَه، ولم يبطل الشرىٰ رأساً لإخلافه.

وأما الوكيل بالبيع، فإن الشيء لا ينتقل إليه، وإنما يخرج من ملك الموكِّل إلىٰ المشتري.

ألا ترىٰ أنه إذا خالف: لم يلزمه، ولم يصح البيع رأساً، فلذلك اختلف حكم الشرىٰ والبيع في وقوفه علىٰ الغير.

وإنما شُرِطَ في وقوفه بقاء المتعاقدَيْن، وبقاء الملك والمبيع، من قِبَل أن البيِّع إذا مات، لم يجز أن تلزمه حقوق العقد بعد موته، إذْ لم تلزمه في حال الحياة، لأنه موقوف.

وأما المشتري، فإنه لم يلزمه في حال الحياة، فلا يجوز أن يلزمه بعد الموت.

وأما المالك، فلأن ملكه ينتقل إلىٰ الوارث، فانفسخ الملك الذي كان موقوفاً علىٰ المشتري.

وأما المبيع فلأن الملك لم ينتقل فيه بالعقد، فلا يجوز انتقال الملك فيه بعد الهلاك، ألا ترىٰ أن ابتداء العقد عليه لا يجوز.

فصل: [خيار المالك فيما بِيع له بغير أمره بعَرْض]

قال أبو جعفر: (ولو باعه بعَرْض، كان مالك المبيع بالخيار: إن شاء أمضىٰ البيع، فجاز البيع للذي عَقَده، وكان عليه قيمة المبيع للذي كان يملكه، وإن شاء أبطل البيع).

قال أحمد : وذلك لأنه اشترىٰ العَرْض لنفسه؛ لأن الشراء لا يقف علىٰ الغير، وإنما احتيج فيه إلىٰ الإجازة، ليسلِّم البدل لبيِّع العرض، وكان علىٰ البيِّع قيمته للمجيز، كأنه استقرضه منه، واشترىٰ به شيئاً لنفسه.

مسألة : [جواز بيع الأعمىٰ، وشِرَاه]

قال أبو جعفر : (وبيع الأعمىٰ، وشِرَاه جائز).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[1]، ولم يفرِّق بين العميان والبُصَرَاء.

ولأن هذا مما قد نَقَلَت الأمة جوازه؛ لأن أهل كل عصرٍ لا يخلون من عميان يكونون فيهم، يتصرَّفون في الشراء والبيع، ولم يُذكَر عن أحدٍ من السلف والخلف بطلان بيعه وشراه.

ولو كان كذلك، لكان الأعمىٰ محجوراً عليه، وكان ذلك يوجب أن يكون العبَّاسُ عمَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وابن عباس، وابن أمِّ مكْتُوم، ونظراؤهم من الصحابة رضي الله عنهم[2] لا يجوز تصرُّفهم،

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) خص الصفديُّ صاحب «الوافي بالوفيات» كتاباً ذَكر فيه العميان وسماه: «نكت الهميان في نكت العميان» ذكر فيه ص/١٧٥-١٧٨ ممن أُضِرَّ بأَخَرَة: العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه: عم النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وذكر ص١٨٠-١٨٢ حبر الأمة عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، فقد أضر أيضاً آخر عمره، وذكر ص٢٢١ ابن أم مكتوم عمرو بن قيس، ويقال عمرو بن زائدة، كما في تقريب التهذيب ص/٤٢١ (٥٠٣١)، وأهل المدينة يقولون اسمه عبد الله، وأما أهل العراق فيقولون اسمه عمرو، كما في طبقات ابن سعد ٤/٢٠٥.

وكفىٰ بقولٍ يؤدي إلىٰ هذا سقوطاً.

مسألة : [خيار الأعمىٰ]

(وله الخيار فيما اشتراه إذا أمكنه معرفته بالجَسِّ أو الذوق).

فيقوم ذلك له مقام الرؤية.

وإن كان نخلاً، أو شجراً: فحتىٰ يوصَف، فتقوم له الصفة مقام الرؤية.

وما كان في الجامع الصغير[1]: بأنه «إذا كان مما يُجَسُّ، مثل النخل والشجر: فحتىٰ يقوم مقاماً لو كان بصيراً رآه»: فلا معنىٰ له، وقد كان أبو الحسن رحمه الله يُنكره؛ لأن قيامه في ذلك الموضع، وفي غيره سواء، لا يستفيد به علماً.

مسألة : [بيع الملامسة والمنابذة والحصاة]

قال : (والمُلامسة والمُنابذة لا ينعقد بهما بيع).

وذلك «لنهي النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة»[2].

وكان أهل الجاهلية يتراضَوْن علىٰ البيع، فإذا لَمَسَه، أو نَبَذَه إليه، فقد وجب البيع، فنهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن ذلك.

وهذا أصلٌ في امتناع جواز عقود البياعات علىٰ الأخطار، نحو قوله:

---

(١) للإمام محمد بن الحسن الشيباني ص٢٨١ مع شرحه النافع الكبير للعلامة اللكنوي.

(٢) صحيح البخاري ١/٤٧٧، ٤/٣٥٨، صحيح مسلم ٣/١١٥١.

إن دخلتُ الدار، أو إن قَدِم زيدٌ: فقد بعتك هذا العبد.

وكذلك بيع الحصاة، وهو أن يتراضَوْا علىٰ البيع، فإذا وَضَعَ المشتري علىٰ المبيع حصاةً: فقد وجب البيع، فأبطله النبي صلىٰ الله عليه وسلم[١]، والمعنىٰ فيه كهو في البَيْعَيْن الأوَّلَيْن.

مسألة: [بيع الحَمْل دون أمه]

قال أبو جعفر: (ولا يجوز بيع الحَمْل دون أمه).

وذلك لما حدثنا[٢] دعلج بن أحمد قال: حدثنا عبد الله بن شيرويه قال: حدثنا إسحاق بن راهويه قال: حدثنا وكيع عن موسىٰ بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع المَجْر[٣] ـ يعني ما في الأرحام ـ وعن بيع الكالىء[٤] بالكالىء»[٥].

---

(١) صحيح مسلم ٣/١١٥٣.

(٢) سقط السند من الأصل، ومثبت في النسخة المغربية.

(٣) في الأصل (المتحر)، والتصويب من مجمع الزوائد ٤/٨٠، والنهاية لابن الأثير ٤/٢٩٨-٢٩٩، قال ابن الأثير: «بيع المجر: هو ما في البطون، كنهيه عن الملاقيح، وهو من بياعات الجاهلية، يقال: أمجرت إمجاراً، وماجَرْت مماجرة، ولا يقال لما في البطن: مَجر، إلا إذا أثقلت الحامل، فالمَجْر اسم للحمل الذي في بطن الناقة».اهـ مختصراً.

(٤) أي النسيئة بالنسيئة، النهاية ٤/١٩٤.

(٥) رواه البزار، وفيه موسىٰ بن عبيدة، وهو ضعيف، كما في مجمع الزوائد ٤/٨٠، وفي تقريب التهذيب ص٥٥٢ (٦٩٨٩): «موسىٰ بن عبيدة الربذي: ضعيف، ولاسيما في عبد الله بن دينار»، ورواه أبو عبيد في غريبه ١/٢٠٦ من طريق موسىٰ بن عبيدة.

=

وحدثنا[١] دعلج قال: حدثنا عبد الله بن شيرويه قال: حدثنا إسحاق قال: حدثنا النضر بن شميل قال: حدثنا صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم «نهىٰ عن المضامين، والملاقيح، وحَبَل الحَبَلة»[٢].

أما الجزء الثاني من الحديث: النهي عن بيع الكالىء بالكالىء، فقد أخرجه الحاكم في المستدرك ٥٧/٢، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، بناء علىٰ أن الراوي هو موسىٰ بن عقبة، وقد تعقبه البيهقي في السنن ٢٩٠/٥ بأنه موسىٰ بن عبيدة، وليس ابن عقبة، وأخرجه الدارقطني في السنن ٧١/٣، وابن أبي شيبة في المصنف ٥٩٨/٦، (٢٢٥٦٦ ط الشيخ محمد عوامة) كلهم من طريق موسىٰ بن عبيدة، وقد توسع في تخريجه الزيلعي في نصب الراية ٣٩/٤، التلخيص الحبير ٢٦/٣.

«ولكن مع هذا، فهذه المناهي وإن كانت بإسناد غير قوي، فهي داخلة في بيع الغرر الذي نهىٰ عنه الحديث الثابت»، كما قال البيهقي في السنن ٣٣٨/٥، والنهي عن بيع الكالىء بالكالىء تلقته الأمة بالقبول، وعليه الإجماع، كما نقله الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير عن الإمام أحمد، وينظر التاج والإكليل ٣٦٧/٤، والمغني ٥٣/٤.

(١) سقط السند من الأصل، ومثبت في المغربية.

(٢) «رواه الطبراني في الكبير والبزار، وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة، وثقه أحمد وضعفه جمهور الأئمة، وعن أبي هريرة أن البني صلىٰ الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الملاقيح والمضامين، رواه البزار وفيه صالح بن أبي الأخضر، وهو ضعيف» كما في مجمع الزوائد ١٠٤/٤، لكن روىٰ عبد الرزاق في مصنفه ٢١/٨ النهي عن الملاقيح والمضامين عن ابن عمر مرفوعاً بإسناد قوي، كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٢/٣.

=

ونهيه صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع المضامين مشتمل علىٰ الولد في البطن، واللبن في الضرع، وبيع الزيت في الزيتون؛ لأن جميعه من المضامين إذا كان معيناً فيه خِلْقَةً.

ومن جهة أخرىٰ: إن الولد بمنزلة عضوٍ بعينه من أعضائها، كيدها ورِجْلها، فلا يجوز إفراده بالبيع.

مسألة : [بيع الأم دون الحَمْل]

قال : (ولا يجوز بيع الأم دون الحمل).

وذلك لأنه بمنزلة مَن باع الأصل دون يدِها ورِجلِها، ولأن كلَّ ما لا يصح بيعه علىٰ الانفراد، لا يجوز استثناؤه من البيع.

مسألة : [بيع اللبن في الضرع]

قال أبو جعفر : (ولا يجوز بيع اللبن في الضرع).

وذلك لأنه من المضامين؛ لأنه مما تضمنه الضرع خِلْقَة، كما تضمَّنت الرَّحِمُ الولدَ.

ولما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا عثمان بن عمر الضَّبِّي قال: حدثنا حفص بن عمر الحوضي قال: حدثنا عمر بن فَرُّوخ صاحب الأَقْتَاب[1] عن حبيب عن عِكرمة عن ابن عباس قال: «نهىٰ رسول الله

أما النهي عن حَبَل الحَبَلة، فقد أخرجه البخاري في صحيحه ٣٥٦/٤، صحيح مسلم ١١٥٣/٣.

وحَبَل الحبلة، نِتاج النتاج، وولد الجنين، مختار الصحاح (حبل).

(١) القِتب: بكسر القاف، وسكون التاء: إكاف صغير علىٰ قدر سنام البعير، =

صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع صوفٍ علىٰ ظَهْر، وعن لبن في ضرع، وسَمْن في لبن»[١].

وقد روي هذا الحديث موقوفاً علىٰ ابن عباس، ولا يُفْسِد ذلك رفعَ مَن رَفَعَه؛ لأنه جائز أن يكون رواه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم تارةً، وأفتىٰ به أخرىٰ.

مسألة : [بيع عَسْب الفحل]

قال : (ولا يجوز بيع عَسْب الفحل).

قال أحمد : يعني ما يُلقِّح، وذلك لأنه من الملاقيح، وقد نهىٰ عنه رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم[٢].

وروىٰ ابن عمر أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «نهىٰ عن عَسْب الفحل»[٣].

وقال جابر «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع ضَرْب الفحل»[٤].

وجمعه: أقتاب، كما في مشارق الأنوار للقاضي عياض ٢/١٧١، القاموس المحيط (قتب)، وكان عمر هذا بيَّاعاً للأقتاب، كما في التهذيب ٧/١٨٨.

(١) سنن البيهقي ٥/٣٤٠، وقال: تفرد به عمر بن فروخ، وليس بالقوي، ورواه غيره موقوفاً، لكن في الجوهر النقي قال: وثقه ابن معين وأبو حاتم، ورضيه أبو داود. اهـ

(٢) تقدم.

(٣) صحيح البخاري ٤/٤٦١.

(٤) صحيح مسلم ٣/١١٩٧ بلفظ: «ضراب الجمل».

مسألة : [خيار الرؤية]

قال : (ومَن اشترىٰ شيئاً لم يره: جاز، وله فيه خيار الرؤية).

والأصل في جواز شراه: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا تَلَقَّوا الجَلَب، فمن تلقَّاه، فاشترىٰ شيئاً، فهو بالخيار إذا أتىٰ السوق»[(١)].

ولا معنىٰ لهذا الخيار إلا أنه اشترىٰ الشيء في وعائه، ثم حَمَله إلىٰ السوق، فنَظَرَ إليه، فجعل له فيه خيار الرؤية؛ لأن العادة كانت فيمن يتلقىٰ الجَلَب، أن يشتريَ الحِمْل علىٰ ظهر البعير، فلا يفتحه حتىٰ يردَّه إلىٰ بيته.

ويدل عليه أيضاً: حديث زيد بن ثابت عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه «نهىٰ أن تباع السلع حيث تبتاع حتىٰ يحوزَها التُجَّار إلىٰ رِحالهم»[(٢)].

ومعناه عندنا: أن يشتريَ المتاع في الوعاء، ثم يفتحه إذا نَقَله إلىٰ رَحْله، فمَنَعَه أن يبيعه قبل أن يراه، لئلا يُلزم نفسه مغيَّباً مجهولاً في الصفة.

وأيضاً «روي أن عثمان رضي الله عنه: باع مالاً له بالكوفة من طلحة ابن عبيد الله[(٣)]، فقال طلحة: ليَ الخيار؛ لأني اشتريتُ ما لم أره، وقال عثمان: ليَ الخيار؛ لأني بعتُ ما لم أره، فَحكَّمَا بينهما جُبَيْر بن مُطْعِم،

---

(١) صحيح مسلم ١١٥٧/٣ بلفظ قريب، سنن البيهقي ٣٤٨/٥.

(٢) سنن أبي داود ٧٦٥/٣، المستدرك ٤٠/٢، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وصححه ابن حبان (موارد الظمآن) ص٢٧٤ (١١٢٠)، سنن البيهقي ٣١٤/٥.

(٣) أحد العشرة المبشرين، كما في طبقات ابن سعد ٢١٤/٣.

فقضىٰ بالخيار لطلحة»[1].

فقد اتفق هؤلاء الثلاثة علىٰ جواز شراء ما لم يره، من غير خلاف من أحدٍ من الصحابة عليهم.

* ومن جهة النظر: إن الذي جَهِلَه المشتري لِمَا لم يره، إنما هو صفات المبيع، وجهالة الصفة لا تمنع صحة العقد، كما لا يمنعه عدمها رأساً.

ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ عبداً علىٰ أنه صحيح، فوجده أعمىٰ، مقطوع اليدين والرِّجلين: لم تمنع عدم هذه الصفات صحة العقد، فجهالة صفاته أحرىٰ أن لا تمنع.

وأيضاً: اتفقت الأمة[2] علىٰ جواز بيع الباقِلاَء الرَّطْب بقشوره، وشِرىٰ الجَوْز واللوز ونحوه مع عدم رؤية ما وراءه، وعلىٰ جواز شراء الصُّبْرة من الطعام مع عدم الرؤية لما تحت الظاهر منها، فدل جميع ذلك علىٰ أن عدم رؤية المشتري، لا تمنع صحة العقد.

مسألة : [البيعتَيْن في بيعة]

قال : (ومَن باع عبده من رجلٍ بثمن، علىٰ أن يبيعه الآخر عبدَه بثمن ذَكَرَاه: لم يجز البيع في واحدٍ من بَيْعَتَي العبدَيْن المذكورين).

وذلك «لنهي النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيعتَين في بيعة»[3]،

---

(١) شرح معاني الآثار للطحاوي ٤/١٠، سنن البيهقي ٥/٢٦٨.

(٢) مراتب الإجماع ص٨٦.

(٣) سنن النسائي ٧/٢٩٥، سنن الترمذي ٣/٥٣٣، وقال: حديث حسن صحيح.

فانتظم ذلك المعنىٰ الذي ذكرنا.

وينتظم أيضاً أن يبيعه حالاً بكذا، ونسيئةً بكذا.

مسألة :

قال : (ولا يحلُّ النَّجَش).

قال أحمد : وهو أن يزيد في الثمن، وهو لا يريد شراه، ليرغِّبَ غيره فيه، فيشتريه.

وقد نهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن ذلك[1]، رواه مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ورواه أيضاً أبو سعيد وأبو هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

مسألة : [تلقِّي الركبان، وبيع الحاضر للباد]

قال أبو جعفر : (ولا يصلح[2] تلقِّي السِّلَع في البلد الأدنىٰ الذي يضرُّ بأهله، ولا بأس به في البلد الأدنىٰ الذي لا يضرُّ بأهله، وكذلك بيع الحاضر للباد).

وذلك لأن المعنىٰ في النهي ما يُدخِل من الضرر علىٰ غيره، لما روىٰ ابن عمر أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا تَلقُّوا السلعَ حتىٰ يُهْبَط بها الأسواق»[3].

---

(١) صحيح البخاري ٤/٣٥٥، صحيح مسلم ٣/١١٥٦.

(٢) في المختصر ص٨٤: (لا يصح)، لكن في الأصلين: لا يصلح، وهو الصواب، والله أعلم، حيث إن تلقي الركبان يصح لكن مع الكراهة.

(٣) صحيح البخاري ٤/٣٧٣.

وروىٰ جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا يبيعُ حاضرٌ لبادٍ، دَعُوا الناسَ يرزقِ اللهُ بعضَهم من بعض»[١].

فهذا يدل علىٰ أن النهي إنما يتناول الحال التي يضرُّ فيها بأهله.

وكما أن النهي عن الاحتكار إنما هو في الحال التي يضر ذلك بأهل البلد، فإذا لم يضرَّ: فلا بأس.

مسألة: [بيع الرجل علىٰ بيع أخيه]

قال أبو جعفر: (ولا ينبغي أن يسوم الرجل علىٰ سوم أخيه إذا جَنَحَ البيِّع إلىٰ بيعه).

وذلك لما روىٰ أبو سعيد وأبو هريرة وعقبة بن عامر قالوا: «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أن يبيع الرجل علىٰ بيع أخيه»[٢].

وفي بعض ألفاظ حديث أبي سعيد وأبي هريرة: «لا يسوم الرجل علىٰ سوم أخيه»[٣].

وهذا محمولٌ علىٰ الحال التي وقع منهما فيها التراضي بالبيع، فأما إذا لم يجنح البيِّع إلىٰ بيعه، فلابأس بأن يزيد عليه.

لما روىٰ أنس «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم باع قَعْبَاً[٤]

---

(١) صحيح البخاري ٤/٣٥٣، صحيح مسلم ٣/١١٥٧ واللفظ له.

(٢) صحيح البخاري ٤/٣٥٣، صحيح مسلم ٣/١١٥٤.

(٣) صحيح مسلم ٣/١١٥٤.

(٤) القعب: القدح الضخم، كما في القاموس المحيط (قعب)، وقد جاء بلفظ: (قعب) عند أبي داود، وجاء عند الباقين بلفظ: قدح.

وحِلْسًا[١] فيمن يزيد»[٢].

وقال زيد بن أسلم سأل رجل ابنَ عمر عن بيع المزايدة؟ فقال: «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أن يزيد أحدكم علىٰ بيع أخيه، إلا المواريث والغنائم»[٣].

مسألة : [تأخير أجل الدين]

قال أبو جعفر : (ومَن كان عليه دَيْن من غير[٤] قرض، فأخَّره، جاز التأخير).

لأنه عندنا بمنزلة الزيادة في العقد أو الحط، وذلك يلحق العقد.

ولا يصح التأجيل في القرض؛ لأنه عارية ومعروفٌ، فهو كالتأجيل في العواري.

---

(١) الحِلس: بالكسر: كساء رقيق علىٰ ظهر البعير، والحِلس أيضاً: اسم لما يُبسط في البيت تحت حر الثياب والمتاع، كما في تاج العروس (حلس).

(٢) سنن الترمذي ٣/٥٢٢ وقال: حديث حسن، لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان، سنن النسائي ٧/٢٥٩، سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠، سنن أبي داود ٣/٢٩٢-٢٩٣، وقد روي هذا الحديث مطولاً ومختصراً، ولفظ النسائي أقربها: «باع قدحاً وحلساً فيمن يزيد»، وقد نقل الحافظ ابن حجر في الفتح ٤/٣٥٤ تحسين الترمذي للحديث ولم يتعقبه بشيء، ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٣ عن العلل الكبير للترمذي في أن الترمذي سأل البخاري عن هذا الحديث فقال: الأخضر بن عجلان ثقة.

(٣) سنن الدارقطني ٣/١١، وأخرجه ابن خزيمة أيضاً كما في فتح الباري ٤/٣٥٤.

(٤) في الأصل: (دين من دين)، وفي نسخة، الإتقاني والمغربية ومختصر الطحاوي ص٨٤: (دين من غير)، وهو الصواب، والله أعلم.

مسألة : [تجارة الوصي بمال اليتيم]

قال : (ولا بأس بأن يتَّجر الوصي بمال اليتيم).

لقــول الله تعــالىٰ: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ﴾[1].

فاللفظان جميعاً قد دلاَّ علىٰ جواز التـصرُّف في مـال اليتـيم؛ لأن قولـه تعـالىٰ: ﴿إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾: إباحـةٌ للتـصرف في مـالهم إذا كـان صلاحاً له.

وكذلك قوله عزَّ وجل: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ﴾.

ويــدل عليــه أيــضاً قولــه تعــالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾[2].

«وروىٰ أنس أن أبا طلحة قال: يا نبي الله! إني اشتريت خمراً لأيتامٍ في حَجْري قال: أَرِقِ الخمر، واكْسِرِ الدِّنَان»[3].

مسألة : [إقرار العبد بدَيْن]

قال : (ولا يجوز إقرار العبد المحجور علىٰ نفسه بدَيْن).

---

(١) البقرة: ٢٢٠.

(٢) الأنعام: ١٥٢، الإسراء: ٣٤.

(٣) سنن الترمذي ٥٨٨/٣، سنن أبي داود ٨٢/٤، وذكره ابن حجر في الفتح ١٢٢/٥ في زيادات الباب، فهو حسن أو صحيح.

لأنه لو جاز استَحقَّ به ملكَ المولىٰ، ولا يجوز إقرار الإنسان في ملك غيره.

ويجوز إقرار المأذون له؛ لأن المولىٰ رَضِيَ به حتىٰ أَذِنَ له.

ويباع العبد وما في يديه من الدَّيْن؛ لأن الدَّيْن في ذمته، والمالك يملك كسبه من جهته، كالوارث يملك من جهة الميت، والغريم أَوْلىٰ بمال الميت من الوارث، فكذلك غريم العبد أَوْلىٰ بماله من المولىٰ.

مسألة : [جواز بيع الكلاب المنتَفَع بها ونحوها]

قال : (وبيع الكلاب التي يُنْتَفَع بها، والصقورِ، والفهودِ، والهرِّ جائز).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾[1]، ولفظ الإحلال: يقتضي إباحة سائر وجوه المنافع، والبيع أحدُها، فوجب جوازه؛ لعموم اللفظ.

وقد روي أن الآية نزلت في إباحة منافع الكلاب.

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا يعقوب بن غَيْلان العُمَاني قال: حدثنا هنَّاد بن السَّرِي قال: حدثنا يحيىٰ بن زكريا قال: حدثنا إبراهيم بن عبيد[2] قال: حدثني أبان بن صالح عن القَعْقَاع بن حكيم عن

---

(١) المائدة: ٤.

(٢) في الأصلين: (عبيدة)، وفي أحكام القرآن للمؤلف ٢/٣١٢: (عبيد)، =

سلمىٰ أم[1] رافع عن أبي رافع قال: «أمرني رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أن أقتل الكلاب.

فقال الناس: يا رسول الله! ما أُحِلَّ لنا في هذه الأمة التي أمَرْتَ بقَتْلِها؟

فأنزل الله تعالىٰ: ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۙ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾»[2].

ومن جهة السنة: ما رواه عبد الله بن مسعود وأبو هريرة أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «مَن اقتنىٰ كلباً إلا كلبَ صيد، أو ماشية، أو حَرْث، نَقَصَ من أجره كل يوم قِيراط[3]»[4].

ورواه ابن عمر أيضاً، ولم يذكر كلب الحَرْث.

وكذلك في تقريب التهذيب ص/٩٢ (٢١٤).

(١) في الأصل: (ابن رافع)، والصواب أنها سلمىٰ أم رافع زوجة أبي رافع، ولها صحبة، كما في تقريب التهذيب ص/٧٤٨ (٨٦٠٨)، وكذلك جاء في تفسير ابن كثير ١٦/٢ سلمىٰ أم رافع عن أبي رافع.

(٢) ذكره المؤلف بالسند نفسه في كتابه أحكام القرآن ٣١٢/٢، ومثله عند ابن كثير في التفسير ١٦/٢، وأخرجه الحاكم في المستدرك ٣١١/٢، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

(٣) القيراط: مقدار معلوم عند الله تعالىٰ، والمراد نَقَصَ جزء من أجر عمله، كما في شرح مسلم للنووي ٢٣٩/١٠.

(٤) صحيح البخاري ٥/٥، صحيح مسلم ١٢٠٢/٣.

والاقتناء هو التملك؛ لأن القنية الملك، يقال: عبدٌ قِنٌّ: يعني مملوك[١].

وهذا اللفظ يقتضي إباحة جميع جهات القنية، والشراءُ أحدها، فوجب جوازه بالعموم.

وأيضاً حدثنا عبد الباقي قال: حدثنا أحمد بن النَّضْر بن بحر قال: حدثنا محمد بن مصَفَّىٰ قال: حدثنا حجاج بن إبراهيم الأزرق قال: حدثنا عَبَّاد بن العوَّام عن يحيىٰ بن أبي إسحاق عن أبي الزبير عن جابر قال: «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن ثمن الكلب، والهِرِّ، إلا الكلبَ المعلَّم»[٢].

---

(١) المغرب للمطرزي ٢/١٩٧.

(٢) سنن النسائي ٧/٣٠٩ وقال: هذا منكر.اهـ، سنن الترمذي ٣/٥٧٨ وقال: «هذا حديث لا يصح من هذا الوجه»، سنن الدارقطني ٣/٧٣ قال ابن حجر في الفتح ٤/٤٢٧ عن حديث النسائي: «أخرجه النسائي بإسناد رجاله ثقات إلا أنه طُعن في صحته».

وقال عن حديث الترمذي في التلخيص الحبير ٣/٣-٤: «روىٰ الترمذي من وجه آخر عن أبي هريرة استثناء كلب الصيد، لكنه من رواية أبي المهزم عنه، وهو ضعيف، وورد الاستثناء من حديث جابر، ورجاله ثقات».اهـ

وروىٰ هذا الحديث أبو حنيفة في مسنده بسند جيد، كما في نصب الراية ٤/٥٣، وقد بيَّن الزبيدي في كتابه النافع: عقود الجواهر المنيفة ٣/٣-٤ «أن الحديث بهذا الاستثناء صحيح، والاستثناء زيادة علىٰ أحاديث النهي عن ثمن الكلب، فوجب قبولها»، وفنَّد كل ما قيل في طرق الحديث، ناقلاً في ذلك عن ابن التركماني في الجوهر النقي ٦/٦.

وحدثنا ابن قانع قال: حدثنا العباس بن أحمد بن عقيل قال: حدثنا يحيىٰ بن أيوب قال: حدثنا عباد بن العوام عن الحسن بن أبي جعفر الجُفْرِي عن أبي الزبير عن جابر قال «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن ثمن الكلب، والهر، إلا الكلب المعلَّم»(١).

فأباح ثمن الكلب المعلَّم، فدلَّ علىٰ جواز بيع الكلاب التي يُنْتَفَع بها من وجهين:

أحدهما: أنه إذا جاز بيع الكلب المعلَّم، جاز بيع غيره من الكلاب؛ لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

والثاني: أن ذِكْرَه الكلب المعلَّم، لأجل ما فيه من النَّفْع، فكل ما أَمْكَنَ الانتفاع به منها، فهو مثله.

ودلَّ ذلك علىٰ أن النهي إنما يتناول الكلاب التي لا نَفْع فيها، وإنما يُبْتَغىٰ بها الهِرَاش(٢)، والقمار.

وأما ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم من الأخبار في النهي عن ثمن الكلب، وأن ثمن الكلب حرام(٣)، فإن خبرنا قاض عليها؛ لأن النهي موجود فيه، مع استثناء الكلب المعلَّم.

ولأن النهي كان في حال الأمر بقتلها، وإباحةُ الاقتناء متأخرةٌ عنه لا محالة(٤).

---

(١) تقدم من طريق أخرىٰ.

(٢) التهريش: التحريش بين الكلاب، كما في القاموس المحيط (هرش).

(٣) صحيح البخاري ٤/٤٢٦، صحيح مسلم ٣/١١٩٨.

(٤) في شرح معاني الآثار للطحاوي ٤/٥٥ بيان تأخير إباحة الاقتناء.

وأيضاً: لمَّا كان الكلب مما أبيح الانتفاع به، من غير حق له[١] في مَنْع البيع، أشبه الحمار الأهلي، والهرَّ، وسائر ما أبيح الانتفاع به، من غير حق للمبيع في منع البيع، فوجب أن يجوز.

ولا تلزم عليه أمُّ الولد والمُدَبَّر؛ لأن لهما حقاً في مَنْع البيع لاستيفاء العتق الذي استحقاه بموته، إذ كان في جواز البيع إبطاله.

وأيضاً: فقد اتفقنا جميعاً[٢] علىٰ أن الكلب موروث عن مالكه، وتجوز الوصية به، فوجب أن يجوز بيعه؛ لأنه مما قد صحَّ انتقال الملك فيه بالميراث والوصية، كسائر الأشياء الموروثة.

فإن قيل: ليس الميراث والوصية أصلاً لجواز البيع؛ لأنهما يصحَّان في المجاهيل، ولا يصح بيع المجهول.

قيل له: افتراقهما من هذا الوجه، لا يمنع الجمع بينهما من الوجه الذي ذكرناه في جواز البيع، ألا ترىٰ أن كل ما بطل بيعه لأجل جهالته، أنه متىٰ زالت الجهالة جاز البيع، ولا جهالة هاهنا تمنع من بيع الكلب، فهو في هذا الوجه بمنزلة الموروث، والموصىٰ به.

مسألة: [بيع الهرِّ]

وأما بيع الهرِّ، فقد روىٰ ابنُ عباس وأبو هريرة عن النبي صلىٰ الله

---

(١) أي ليس للمبيع سواء كان عبداً أو كلباً وما أشبه ذلك مما ينتفع به، فليس له حق في أن يمنع مالكه من بيعه، بخلاف أم الولد والمدبَّر، كما سيأتي في كلام الشارح.

(٢) المغني ٤/ ٣٠٠.

عليه وسلم إباحة بيعه[١]، وقد روي فيه نهي[٢]، إلا أن الفقهاء قد استعملوا خبرَ الإباحة، دون خبر الحظر، فهو أولىٰ.

مسألة:

قال أبو جعفر: (وأجْر وزّان الثمن علىٰ المشتري).

---

(١) لم أهتد إلىٰ تخريجه، لكن قال ابن حزم في المحلىٰ ١٣/٩: «لا نعلمه أصلاً من طريقٍ واهية تُعرف عند أهل النقل، وأما صحيحة فنقطع بكذب مَن ادعىٰ ذلك جملة».اهـ

لكن يستدل علىٰ إباحة بيعه بالحديث المتفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «دخلت امرأة من جرّاء هرة لها ـ أو هرٍّ ـ ربطتها، فلا هي أطعمتها، ولا هي أرسلتها ترمرم من خشاش الأرض حتىٰ ماتت هزلاً».

هذا لفظ مسلم ٢٠٢٣/٤، وأخرجه البخاري ٣٥٣/٦.

وجه الدلالة: أن قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «هرة لها»: يدل علىٰ الملك، لأن الأصل في اللام الملك، كما أفاد بهذا العيني في عمدة القاري ١٩٨/١٥، وابن حجر في الفتح ٣٥٨/٦، واستدل به البهوتي في كشاف القناع ١٥٣/٣.

وقد جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه عند الترمذي ٦٨٦/٥ قال أبو هريرة رضي الله عنه: «... فكانت لي هريرة...» قال الترمذي: حديث حسن غريب.اهـ

وبجواز ثمن الهر قال الجمهور، وهو قول الحسن البصري والحكم وحماد ومالك وسفيان وأبي حنيفة وأصحابه والشافعي وأحمد وإسحاق، وقد رخص في بيعه ابن عباس رضي الله عنهما، وكرهه أبو هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد، وأجابوا عن حديث النهي بأجوبة أحسنها: أنه محمول علىٰ ما لا نفع فيه، كما بيَّن ذلك الخطابي في معالم السنن ١٢٥/٥، والنووي في المجموع ٢٢٩/٩.

(٢) صحيح مسلم ١١٩٩/٣.

وذلك لأن عليه تمييزه، وإفرازَه من ماله، وتسليمَه إلىٰ البيِّع، ولا يُعلم ذلك إلا بالوزن.

* (وأجر كيَّال المبيع علىٰ البيِّع)؛ لهذه العلة بعَيْنها.

مسألة : [بيع ما لم يُقْبَض]

قال أبو جعفر : (ولا يجوز بيع ما لم يُقْبَض من الأشياء المبيعة إلا العقار في قول أبي حنيفة، وأما أبو يوسف ومحمد: فكانا لا يجيزان بيع ذلك أيضاً حتىٰ يقبضه).

قال أحمد : رَجَعَ أبو يوسف إلىٰ قول أبي حنيفة، والذي ذكره عنه أبو جعفر هو قوله الأول[1].

لأبي حنيفة: قولُ الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[2]، وهو عامٌّ في كل شيء، إلا ما قام دليله.

فإن قيل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه نهىٰ عن بيع ما لم يُقْبَض»[3].

---

(١) لكن في المطبوع من مختصر الطحاوي ص٨٤ بعد أن ذكر قول أبي يوسف مع محمد قال: «ثم رجع أبو يوسف عن ذلك إلىٰ قول أبي حنيفة»، وكأن هذه العبارة سقطت من نسخة مختصر الطحاوي التي هي عند الجصاص، والله أعلم.

وأيضاً ففي مختصر القدوري (مع اللباب) ٢/٣٥ ذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) تقدم.

قيل له: إنما يتناول هذا اللفظ ما يتأتَّىٰ فيه القبض الحقيقي، فأما العقار فلم يتناوله؛ لأنه لا يتأتَّىٰ فيه القبض علىٰ الحقيقة، لأن القبض الحقيقي هو النَّقْل، وذلك لا يصحُّ في العقار.

فإن قيل: القبض المستحق بالبيع ليس هو النقل، وإنما هو التخلية، وذلك يمكن في العقار.

قيل له: إنما تعتبر التخلية في جواز البيع، وتقام مقام النقل فيما يتأتَّىٰ فيه القبض الحقيقي، فأما ما لا يتأتَّىٰ ذلك فيه، فاعتبار التخلية فيه من هذا الوجه ساقط.

* ومن جهة النظر: إنه لما كان العقار مما لا يُخْشَىٰ انتقاض البيع بهلاكه، صار كالمهر، والجُعْل في الخُلْع، والصُّلح من دَمِ العمد، ويجوز التصرف في جميع ذلك قبل القبض؛ لأنه لا يُخْشَىٰ انتقاض العقد بهلاكه.

وأما أبو يوسف، فكان قوله مثل قول محمد، ثم رجع إلىٰ قول أبي حنيفة.

وهذه المسألة مبنية علىٰ اختلافهم في ضمان العقار بالغصب[1].

مسألة: [بيع المكيلات قبل كيلها]

قال أبو جعفر: (ولا يجوز لمن اشترىٰ شيئاً كيلاً وإن قبضه أن يبيعه حتىٰ يكتاله).

وذلك لما رواه جابر وأبو هريرة أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «نهىٰ

---

(١) أي لو «غصب عقاراً فهلك في يده: لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يضمنه»، كما في مختصر القدوري (مع اللباب) ٢/١٨٩.

عن بيع الطعام حتىٰ يجريَ فيه الصاعان: صاع البيِّع، وصاع المشتري»[١].

والمعنىٰ فيه: أنه لا يتعيَّن حقه إلا بالكيل؛ لأنه يجوز أن يزيد إذا اكتاله، أو ينقص، فصار بمنزلة ما لم يُقبض، إذْ كان الواجب استيفاؤه بالكيل، وهو لم يكتل، فكأنه لم يستوفه، ولهذه العلة قلنا مثله في الموزون.

* وأما المعدود: فقد روي فيه عن أبي حنيفة مثل ذلك[٢]، وروي أن له أن يبيعه إذا قبضه قبل أن يعدَّه.

* (وذكر أبو جعفر أن أبا يوسف قال بأَخَرَة في المعدود: له أن يبيعه قبل أن يعدَّه إذا كان قد قبضه.

قال: وقد روي ذلك أيضاً عن محمد بن الحسن).

وجه القول الأول: ما ذكرنا مِن أن حقه لا يتعيَّن إلا بالعدد، فلا يصح التسليم إلا بتمييز ما اشتراه عدداً.

ووجه الرواية الأخرىٰ التي فُرِّق فيها بين الكيل والمعدود: أن المكيل والموزون يختلفان إذا أُعيد عليهما الكيل أو الوزن، فَيَزِيدان تارةً، وينقصان أخرىٰ، وليس كذلك المعدود؛ لأنه لا يختلف بحال إذا أُعيد عدّه، فلا يحصل القبض في مجهول.

* فأما ما اشتراه مذارعة: فإنه يجوز بيعه قبل الذرع إذا قَبَضه؛ لأن الذرع ليس مما يقع عليه العقد.

---

(١) تقدم.

(٢) أي مثل الكيل، لابد أن يعده قبل أن يبيعه.

ألا ترىٰ أن مَن اشترىٰ ثوباً علىٰ أنه عشرة أذرع، فوجده أكثر: كان كله له، ولو كان تسعاً كان بالخيار: إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء تركه، فلما لم يتعلق العقد عليه، سقط اعتباره، والكيل والوزن والعدد، مما يتعلق عليه العقد إذا ذُكِرَ.

مسألة: [بيع الأخرس]

قال أبو جعفر: (وبَيْع الأخرس، وابتياعه، وعقوده علىٰ نفسه بالإشارات المفهومة منه جائزٌ كله).

وذلك لأنه يُفْهَم بها ما يُفهم بالكلام، فقامت مقامه، إذْ لا يُتوصل إلىٰ مراده من غير هذا الوجه، فليست بدون الكتاب.

[مسألة:]

قال: (ومَن اعتُقِلَ[1] لسانُه: لم تجز عقوده بالإشارة).

لأنه يُرجىٰ إمكان الوصول إلىٰ مراده بصريح القول، فكان بمنزلة إشارة الصحيح.

مسألة: [ظهور العيب في أحد النَّعْلَيْن ونحوهما]

قال: (ومَن اشترىٰ شيئين لا يقوم أحدهما إلا بصاحبه، كالخُفَّيْن، والنَّعلين، فقبَضَهما، فأصاب بأحدهما عيباً، فهو كالشيء الواحد، إن شاء ردَّهما، وإن شاء أخذهما).

---

(١) اعتُقِل لسانه: أي لم يقدر علىٰ الكلام، كما في مختار الصحاح (عقل)، والمقصود به هنا من طرأ عليه الخرس، ولم يولد أخرس، كما في مختصر الطحاوي ص٨٥، وقد اختصر الجصاص هنا نص الطحاوي.

وذلك لأن انفراد أحدهما عن صاحبه الآخر يوجب عيباً فيه؛ لأنه يُنْقِص ثمنه، فيصير كمَن اشترىٰ شيئاً صحيحاً، فلا يجوز أن يردَّه معيباً.

مسألة : [حبس البائع المبيعَ ليستوفيَ الثمن]

قال أبو جعفر : (وللبيِّع احتباس ما باع ما بقي له علىٰ المبتاع شيءٌ من الثمن، أو علىٰ حَوِيلٍ إن أحاله عليه بشيء من الثمن إن كان الثمن حالاً).

قال أحمد : وذلك لأنه عقدُ معاوضة يقتضي وقوع ملك كل واحدٍ منهما لصاحبه بحِذاء ملك الآخر، ويقتضي التسليم علىٰ كل واحد بحذاء تسليم الآخر، فلذلك كان له حَبْسه حتىٰ يسلِّم له الثمن.

وكذلك إن أحاله بالثمن علىٰ غيره؛ لأن مطالبته بالثمن قائمة، كما لو كفل به عنه كفيل.

* **قال** : (وإن كان الثمن مؤجَّلاً: لم يكن له حَبْسه).

وذلك لأنه قد عَقَدَ علىٰ نفسه أن لا يستحق تسليم الثمن بإزاء تسليم المبيع.

ولأنَّا لو جعلنا له الحَبْس إلىٰ أن يحلَّ الأجل، لصار الأجل داخلاً علىٰ المبيع، ولا يصح دخول الأجل علىٰ الأعيان المبيعة.

مسألة : [يكره التفريق بين ذوي رَحِمٍ مَحْرَمٍ في بيع العبيد]

قال أبو جعفر : (ولا ينبغي لأحد أن يفرِّق بين ذوي رَحِمٍ مَحْرَمٍ فيهما صغير).

وذلك لما روىٰ عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ عن علي عليه الصلاة والسلام قال: «أمرني رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أن أبيع غلامَيْن أخوَيْن، فبعتُ أحدَهما، وذكرتُ ذلك للنبي صلىٰ الله عليه وسلم فقال:

أرجِعْهما، ولا تَبِعْهما إلا جميعاً، ولا تفرِّق بينهما»[1].

وروىٰ أبو عبد الرحمن الحُبُلِيُّ عن أبي أيوب الأنصاري أنه مرَّ بصِبْيَانٍ يبكون من السَّبْي، قد فُرِّق بينهم وبين أمهاتهم، فردَّهم أبو أيوب إلىٰ أمهاتهم، وقال:

سمعتُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول: «مَن فَرَّق بين والدة وولدها: فرَّق الله بينه وبين أحبَّته يوم القيامة»[2].

[مسألة :]

قال أبو جعفر : (فإن فُرِّق بينهم: فإن أبا حنيفة كان يَكْرَه ذلك، ولا يَفْسخ البيعَ فيه، وكان أبو يوسف ومحمد يفسخان البيع فيه).

قال أحمد : لا خلاف بينهم أنه لا يُفسخ في الأخوين.

(١) سنن الترمذي ٣/٥٨١ وقال: حسن غريب، سنن أبي داود ٣/١٤٤، سنن ابن ماجه ٢/٧٥٥، سنن البيهقي ٩/١٢٧، المستدرك ٢/١٢٥ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٦: «أخرجه الحاكم وصحح إسناده، ورجحه البيهقي لشواهده».اهـ، وقد توسع في تخريجه الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٥.

(٢) سنن الترمذي ٣/٥٨٠ وقال: حسن غريب، مسند أحمد ٥/٤١٢، الدارقطني ٣/٦٧، المستدرك ٢/٥٥ وصححه.

قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٥: «في إسنادهم حيي بن عبد الله المعافري: مختلف فيه، وله طريق أخرىٰ عند البيهقي غير متصلة، وله طريق أخرىٰ عند الدارمي ٢/٤٦».اهـ

وقال أبو يوسف وحده: يُفْسَخ في الولد والوالد.

ومحمدٌ مع أبي حنيفة في أنه لا يُفْسَخ في شيءٍ منه[١].

وجه قول أبي حنيفة: أن النهي لم يتناول معنىٰ في نفس العقد، وإنما تناول معنىٰ في غيره، فصار كتلقِّي الجَلَب، وبيع حاضرٍ لباد، إذْ لم يتناول النهيُ معنىٰ في نفس العقد، وإنما تناول معنىٰ في غيره، وهو ما يلحق الناس من الضرر بالتلقِّي، وما يلحق الصغير من الوَحْشة بالتفريق.

وكالبيع عند أذان الجمعة، والمعنىٰ الاشتغال به عن الصلاة.

وإنما اعتبروا ذلك إذا كان معهم صغير؛ لأن ذلك في معنىٰ الحق الذي يثبت بالحضانة، والحضانة إنما تثبت في الصِّغَر.

* **قال أبو جعفر**: (غيرَ أن محمداً قال في الصبي: إذا كان له أخوان، أو أختان، أو عمتان: فلا بأس ببيع واحدٍ من ذلك، واحتباس الصغير مع الآخر».

وذلك لأنه قد بقي للصغير مَن له قرابة، مثل قرابة مَن باعه.

* * * * *

(١) ومثله في شرح الإسبيجابي ١/ لوحة/ ١٩٩أ.

باب أحكام البيوع الفاسدة

مسألة : [تصرف المشتري فيما اشتراه في البيع الفاسد]

قال أبو جعفر : (ومَن اشترىٰ شيئاً شراءً فاسداً، فلم يقبضه بأمر بيِّعه: لم يَخرج عن ملك بيِّعه).

وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء.

* **قال** : (فإن قبضه بأمر بيِّعه: مَلَكَه، وجاز تصرُّفه فيه).

وذلك لأن البيِّع قد مَلَكَ عليه القيمة عن عقدٍ فيه تسليط، فأشبه البيع الصحيح حين ملك عليه الثمن عن عقد فيه تسليط، فمَلَكَ المشتري المبيع.

ألا ترىٰ أن البيع الصحيح إذا كان فيه للبيِّع خيار، لم يملك المشتري المبيع لعدم التسليط.

* وأما إذا لم يقبض: فإن البيِّع لم يملك القيمة علىٰ المشتري، فلم يملك عليه المبيع.

فإن قيل: المقبوض علىٰ وجه السَّوْم مضمون بالقيمة، وكذلك الغصب، ولا يُملَك به.

قيل له: لأنه ليس هناك عقدٌ ولا تسليط، ولم نَقُل بجواز حصول ضمان القيمة يوجب له الملك، دون ما ذكرناه.

وأيضاً: فقد اتفق الجميع[١] علىٰ أن النكاح الفاسد لا حكم له بانفراده، ثم إذا اتصل به الدخول صار في حكم الصحيح فيما يتعلق به من الحكم، فكان بمنزلة مِلك البُضْع بعقدٍ صحيح.

ألا ترىٰ أنه لو وطىء فيه مِراراً: لم يجب عليه فيه إلا مهرٌ واحد، وكان في حكم مَن وطىء ما يملك، ولو لم يحصل له حكم الملك، لوَجَبَ لكل وطء مهر، فكذلك البيع الفاسد إذا اتصل به القبض، والمعنىٰ الجامع بينهما: حصول ضمان البدل عن عقدٍ فيه تسليط.

ولا يلزمنا علىٰ ذلك الشراء بالميتة والدم؛ لأن ذلك ليس بعقدٍ عندنا، ولا تُعرف الرواية عن أصحابنا في كونه مضموناً علىٰ مشتريه بالقبض.

وجائز أن يقال: إنه لا يضمنه؛ لأنه قَبَضه بإذنه عن غير عقد، ولا سَوْم، فصار بمنزلة الوديعة، وإذا كان كذلك، فلم يحصل هناك ضمان ولا عقد، فلم يملك.

وأيضاً: فقد اتفقنا[٢] علىٰ أن الكتابة الفاسدة إذا اتصل بها الأداء، صارت في حكم الصحيحة في باب وقوع العَتَاق بها عند حصول الأداء، كذلك البيع.

وقد احتُجَّ لذلك بحديث بَرِيْرَة «أن عائشة رضي الله عنها اشترَتْها، واشترطت لهم الولاء، وأعْتَقَتْها، وأخبرت بذلك النبيَّ صلىٰ الله عليه

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/١١٤.

(٢) المغني ١٢/٤٨٥.

وسلم، فأجاز العِتق، وأبطل الشرط»[1].

وقد صحَّ عندنا أن ما كان بهذا الوصف من البيوع: فهو فاسد، فأجاز النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عِتْقَ عائشة فيها.

فإن قيل: لمَّا كان العقد علىٰ حالةٍ غير موجِبٍ للملك باجتماعهما، إذْ كان القبض والعقد جميعاً فاسدَيْن، لم يُفِد الملكَ، ولم يجز تصرفه.

قيل له: ولو انفرد عقد النكاح الفاسد: لم يوجب مهراً، ولو انفرد الوطء عن العقد: لم يوجب أيضاً مهراً، ثم باجتماعهما: قد وَجَبَ وإن وَقَعَا علىٰ فساد، كذلك ما وصفنا.

ولو انفرد الإيجاب في العقد الصحيح عن القبول: لم يوجب الملك، ولو انفرد القبول عن الإيجاب: لم يوجبه أيضاً، ثم إذا اجتمعا: أوجباه.

والكتابة الفاسدة لا توجب العتق، والأداء عن غير عقدٍ لا يوجبه، ثم إذا اجتمعا: أوجَبَاه، ونظائر ذلك أكثر من أن تُحْصَىٰ.

* * * * *

(١) صحيح البخاري ١/٥٥٠، ٥/١٦٧، صحيح مسلم ٢/١١٤١.

باب السَّلَم

مسألة : [شروط السَّلَم]

قال أبو جعفر : (ولا يجوز السَّلَم، ولا آجال البِياعات إلىٰ الحصاد والدِّيَاس[1]، ولا إلىٰ صوم النَّصَارىٰ، ولا إلىٰ فِطرهم قبل دخولهم في الصوم، فإن كانوا قد دخلوا في صومهم: فقد صار آخره معروفاً، فيجوز).

قال أحمد : روىٰ ابن عباس عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن أسلم فليُسْلِم في كيلٍ معلوم، ووزنٍ معلوم، إلىٰ أجلٍ معلوم»[2]، فانتظم هذا الخبر معانيَ منها:

نفيُ الجهالة عن مقدار السَّلَم؛ لأن الكيل موضوع لمعرفة المقادير.

ومنها: نفيُ الجهالة عن القبض؛ لأن الأجل مشروطٌ للقبض، فكلُّ ما كان جهالة في المقدار، فحُكْمها أن تكون منفيةً عن السلم، قياساً علىٰ الكيل، وما كان جهالةً في القبض، فهي منفية عنه، قياساً علىٰ الأجل.

وأفادنا بطلان السلم الحالِّ؛ لأنه أَمَرَ بشرط الأجل المعلوم في

---

(١) داس الناسُ الحبَّ: دَرَسوه عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو الدِّياس بلغة الشام، كما في تاج العروس (دوس)، وفي المغرب ٢٩٨/١: «الدياسة في الطعام: أن يوطأ بقوائم الدواب، أو يكرر عليه المدوس يعني الجرجر حتىٰ يصير تِبْناً».اهـ

(٢) صحيح البخاري ٤٢٨/٤، صحيح مسلم ١٢٢٧/٣ كلاهما بلفظ: «من أسلف...».

السلم، والأمر علىٰ الوجوب.

وأيضاً «نهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان»[١]، ورخَّص في السَّلَم، والسلم يختص بتعجيل رأس المال، وتأخير المسلَم فيه، ومتىٰ كان تعجيلهما جميعاً مستحَقّاً بالعقد، خَرَجَ مِنْ أن يكون سَلَماً، وصار بيعَ ما ليس عند الإنسان، فامتنع جوازه بعموم نهيه عن بيع ما ليس عند الإنسان.

وأيضاً لما اتفقنا[٢] علىٰ عدم جواز بيع العين التي ليست عند بيِّعها، قِسْنا عليه السَّلَم الحالَّ، بعلَّةِ أنه بيعُ ما ليس عنده غير مؤجل.

قال أحمد: والسلم لا يصح عند أبي حنيفة إلا بشرائطَ سبعٍ مذكورة في العقد:

١- أحدها: أن يكون جنساً معلوماً، كقوله: تمر.

٢- ونوعاً معلوماً، كقوله: شُهْريزاً[٣]، أو فارسياً.

٣- وصفةً معلومة، كقوله: جيِّد أو رديء.

٤- وأجلاً معلوماً.

٥- ومقداراً معلوماً، كقولك: كُرٌّ، أو مائة رطل، أو كذا ذراعاً.

---

(١) تقدم.

(٢) المغني ٤/٢٢٠.

(٣) شهريز: بالكسر والضم، وبإعجام الشين، وإهمالها – أي سهريز – وهو فارسي معرب: نوع من التمر معروف يوجد بالبصرة كثيراً، كما في تاج العروس (سهرز) (شهرز).

٦- والمكانَ الذي يوفِّيه فيه، فيما له حَمْل ومؤونة.

٧- ومقدارَ رأس المال، فيما يتعلق العقد فيه علىٰ المقدار.

وعند أبي يوسف ومحمد خمس:

وهي الجنس، والنوع، والصفة، والمقدار، والأجل.

ولا يجعلان المكانَ، ومقدارَ رأس المال شرطاً فيه.

فأما الجنس، والنوع، والصفة، فإنما وجب أن يكون معلوماً؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لما نفىٰ جهالة المقدار عن السلم بقوله: «فليُسْلِم في كيلٍ معلوم»: كانت جهالة الجنس، والنوع والصفة أَوْلىٰ بأن تكون منفية عنه؛ لأنها مثل جهالة الكيل، أو أكثر، وأما الأجل فقد بيَّنَّاه.

وأما شرط المكان: فلأن جهالته توجِب جهالة القبض، وقد نفىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم جهالةَ القبض عن السلم بقوله: «إلىٰ أجل معلوم».

وهذا المعنىٰ لا خلاف بين أصحابنا فيه، وإنما الخلاف في أن مكان العقد هو مكان للتسليم أم لا، إذا لم يشرط غيره؟

فقال أبو حنيفة: لا يوجِب العقدُ الإيفاءَ في الموضع الذي وقع فيه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يوجبه في السلم، إذا لم يشرط مكاناً غيره.

لأبي حنيفة: أن العقد لا يقتضي التسليم في الموضع الذي وقع فيه، ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ طعاماً بالسَّوَاد[1]، وهما في المصر، أنه لا يلزمه تسليمه في موضع العقد، كذلك السلم.

وأيضاً: لو كان عقد السلم يوجب الإيفاء في الموضع الذي وقع فيه،

---

(١) أي القرىٰ، كما في القاموس المحيط (سود).

لَمَا جاز نفيه بالشرط، فلما اتفق الجميع[1] علىٰ جواز نفيه بالشرط، وشَرْط مكانٍ غيره، دلَّ ذلك علىٰ أن العقد لا يقتضي تسليمه في موضعه؛ لأن ما كان من موجَب العقد: لا يصح نفيه بالشرط.

ألا ترىٰ أن رجلاً لو اشترىٰ طعاماً بالسَّواد، وشَرَطَ تسليمه في المصر، أن العقد فاسد، لنفيه موجَب العقد.

* وإنما اعتبرنا ذِكْر المكان فيما له حَمْل ومؤونة؛ لأن ما له حَمْل ومؤونة، تختلف قيمته في الأماكن، لأجل ما يلزم فيه من نفقة الحمل ومؤونته، فصار كجهالة مقدار السلم وصفته.

وأما ما لا حَمْل له ولا مؤونة، فلا يلزم له نفقة الحمل، فتختلف من أجلها قيمته، فلذلك لم يَحْتجْ إلىٰ شرط المكان فيه.

وأما مقدار رأس المال فيما يتعلق العقد فيه علىٰ المقدار، فإنما احتيج إلىٰ معرفته في العقد عند أبي حنيفة، من قِبَل أنه لما كان بدلاً عن السلم، وكان شَرْط السلم أن يكون معلومَ المقدار، إذْ كان العقد يتعلق علىٰ مقداره، وَجَبَ أن يكون كذلك رأس ماله؛ لأن حُكْمَ البدل حكمُ المبدَل عنه.

فإن قيل: فقد خالفتَ بينهما حين جعلت السلم مؤجلاً، ورأسَ المال معجَّلاً.

قيل له: لم يختلفا في المعنىٰ؛ لأن السلم إنما احتاج إلىٰ الأجل، ليكون وقت القبض معلوماً، وشَرَطْنا تعجيل رأس المال لنفي جهالة وقت القبض، فهما في المعنىٰ سواء.

---

(١) المراد أئمة المذهب، والله أعلم.

فإن قيل: إذا كان رأس المال عيناً، فليس بمجهول، ألا ترىٰ أن مثله يجوز الشراء به.

قيل له: وعَقْد الشراء يجوز أيضاً علىٰ صُبْرة لا يُعْرَف مقدارها، ولا يجوز أن يكون السلم مجهولَ القدر.

* دليل آخر: وهو أن حُكْم السلم مراعىٰ إلىٰ وقت حلوله، بدلالة أنه لو أسلم في مثل هذا الإناء: لم يجز، وصار جواز هلاك الإناء قبل حلوله، بمنزلة عقده علىٰ مقدار إناء غير موجود.

ومن أجل ذلك، جعلوا السلم فيما يجوز انقطاعه من أيدي الناس، بمنزلة ما هو منقطع في الحال، وفرَّقوا بينه وبين سائر البِياعات، فلم يجعلوا جواز هلاك العبد الغائب قبل حضوره مانعاً من جواز العقد عليه، فَوَجَبَ علىٰ ذلك اعتبار مقدار رأس المال في جواز ورود انتقاض العقد، فيحصل رأس المال مجهولاً، لا يُدرىٰ ما يرد.

ألا ترىٰ أنه جائز انقطاعه من أيدي الناس بعد حلول أجله.

وجائز أن يَجِدَ بعضَه زيوفاً، فيردَّه، فلا يدري كم يبقىٰ من السلم.

فلما كان ذلك جائزاً فيه، وَجَبَ اعتباره في حال العقد، كما اعتبرنا جواز هلاك الإناء قبل حلول السلم.

قال أحمد: فهذه الشرائط السبع هي التي يُحْتَاج إلىٰ ذكرها في العقد.

[أوصاف أخرىٰ للسَّلَم]

وللسَّلَم أوصاف أُخَر، لا يتمُّ العقد إلا بها.

١- منها: قبض رأس المال في المجلس.

٢- ومنها: أن يكون المسلَم فيه موجوداً في أيدي الناس، من وقت

العقد إلىٰ وقت حلول الأجل.

٣- ومنها: أن لا يُخْشَىٰ انقطاعه من أيديهم.

* فأما قبض رأس المال في المجلس:

فإن رأس المال إن كان دَيْناً، احتِيج إلىٰ قبضه في المجلس لمعنيَيْن:

أحدهما: أنه دَيْن بدين، وقد «نهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن الكالىء بالكالىء»[١].

والثاني: أن السَّلَم يختص بتعجيل رأس المال، وتأخيرِ المسلَم فيه؛ لأن السلم والسلف واحد، فإذا كان المستثنىٰ من جملة بيع ما ليس عند الإنسان شَرْطُه أن يكون سَلَماً معجلاً، صار التعجيل من شرائط صحته.

وأما إذا كان رأسُ المال عيناً، فإن القياس عندهم أن يجوز، كما لو اشترىٰ عبداً بكُرٍّ حنطة وَسَط، وجعل الكُرَّ ثمناً، جاز له أن يفارقه قبل قبض العبد، ولكنهم تركوا القياس علىٰ هذا الأصل، وألحقوه بالأصل الآخر، وهو أنه متىٰ لم يعجله، حصل بيع ما ليس عند الإنسان في غير السلم، وهذا لا يجوز.

وأما شراء العبد بالكُرِّ، فإن الكُرَّ ليس يمتنع إذا لاقىٰ عَرْضاً، وصَحِبَتْه الباء[٢]، وإنما هو بمنزلة الدراهم والدنانير.

* وإنما قلنا إنه لا يجوز أن ينقطع من أيدي الناس؛ لأن النبي صلىٰ

---

(١) تقدم.

(٢) أي ليس يمتنع أن يكون الكر ثمناً إذا قوبل بعَرْض، ولحقت به الباء، مثل: عبدٍ بِكُرٍّ، حيث إن الباء تلحق الأثمان، والله أعلم بالمراد.

الله عليه وسلم لما قال: «مَن أسلم فليُسْلِم في كيلٍ معلوم، ووزنٍ معلوم، إلىٰ أجل معلوم»، وكان معقولاً من مُراده الكيلَ المعلوم عند الناس، فَمَنَعَ بذلك جواز عقد السلم في مالٍ بإناء لا يُعْرَف مقداره من الكيل المعلوم، والوزن المعلوم، لجواز هلاكه قبل استيفاء السلم، وحصوله في مجهول: اعتبرنا[1] ذلك فيما يجوز انقطاعه من أيدي الناس، فقلنا إن جواز انقطاعه قبل حلوله بمنزلة كونه معدوماً، وحصول السلم في مجهول.

ويدل علىٰ ذلك: ما حدثنا دعلج بن أحمد قال: حدثنا عبد الله بن شيرويه قال: حدثنا إسحاق بن راهويه قال: أخبرنا الوليد بن مسلم عن محمد بن حمزة بن يوسف بن عبد الله بن سَلام عن أبيه عن جَدِّه عبد الله بن سَلاَم «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أسْلَفَ رجلاً دنانير في تَمْر مسمًّىٰ، فقال: مِن حائط فلان، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أما مِن حائط فلان: فلا، ولكن تَمْرٌ مسمًّىٰ، وكَيْل مسمًّىٰ، وأجلٌ مسمىٰ»[2].

فهذا الخبر ينفي جواز السلم فيما يجوز انقطاعه، واقتضىٰ أيضاً وجوب معرفة الجنس، والمقدار، والأجل.

* وإنما قلنا إنه يجب أن يكون موجوداً من وقت وقوع العقد إلىٰ وقت حلول الأجل: للمعنىٰ الذي قدَّمناه في جواز الانقطاع، وهو أنه جائز أن يموت المسلَم إليه، فيحل عليه السَّلَم، وهو معدوم.

ولا خلاف أن كونه منقطعاً في وقت حلول الأجل: يفسد العقد،

---

(١) جواب لقوله: لمَّا قال: «من أسلم...».

(٢) سنن ابن ماجه ٢/٧٦٥ بلفظ قريب، قال البوصيري في الزوائد: في إسناده الوليد بن مسلم، وهو مدلس، سنن البيهقي ٦/٢٤.

فجعلنا جواز انقطاعه، كالانقطاع الموجود في وقت الحلول، كما كان جواز هلاك الإناء، كعدمه في الحال.

مسألة: [السَّلَم في الحيوان]

قال أبو جعفر: (ولا يجوز السلم في شيءٍ من الحيوان).

وذلك لما روي «عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: إن مِن الربا أبواباً لا تخفىٰ: منها السلم في السنّ[1]»[2].

حدثنا به الثقة قال حدثنا علي بن العباس المَقَانِعي قال حدثنا محمد بن عمر بن الوليد قال حدثنا وكيع قال حدثنا المَسْعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن يزيد بن شريك وهو أبو إبراهيم التَّيْمي عن عمر.

وقد رواه وكيع[3] في كتابه في البيوع، وجَعَلَه عن القاسم عن عمر، ولم يذكر فيه يزيد بن شريك.

فلما جَعَلَ عمرُ السَّلَمَ في الحيوان رباً، لم يحلَّ إطلاقه، وذلك من أحد وجهين:

---

(١) المراد بالسن: أي الدواب من الحيوان، كما في النهاية ٢/ ٤١٢.

(٢) سنن البيهقي ٦/ ٢٣ وبيَّن أن في سنده انقطاعاً، لكن ابن التركماني قال: رواه ابن سيرين عن عمر، ومراسيل ابن سيرين صحيحة، وقد أفادنا الجصاص رحمه الله في روايته لهذا الأثر - كما سيأتي - أنه ليس فيه انقطاع، فقد رواه القاسم عن يزيد عن عمر رضي الله عنه.

(٣) لعله وكيع بن الجراح، الإمام الحافظ الثبت الفقيه، محدِّث العراق، توفي سنة ١٩٧هـ، له ترجمة في سير الذهبي ٩/ ١٤٠.

إما من طريق اللغة، أو الشرع، فإن كان قاله من جهة اللغة، فهو حجة فيها.

وإن قاله من طريق الشرع، لم يكن ذلك إلا توقيفاً؛ لأن أسماء الشرع لا توجد إلا توقيفاً.

وإذا ثبت أن اسم الربا يتناوله، بَطَلَ العقد عليه بقول الله تعالىٰ: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[١].

ومن جهة السنة: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه «نهىٰ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[٢] رواه ابن عباس وجابر وسَمُرَة بن جندب.

ويدل عليه أيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إنما الربا في النسيئة»[٣]، وعمومه ينفي جوازه في الحيوان.

ولا يخصُّه قولُه: «فليسلم في كيلٍ معلوم، ووزن معلوم»[٤]؛ لأنه في غير الحيوان.

وأيضاً: قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَنْ أسلم فليُسْلِم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلىٰ أجل معلوم»[٥].

فنفىٰ بذِكْر الكيل جهالةَ القَدْر؛ لأن الكيل موضوعٌ لمعرفة المقدار،

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) صحيح مسلم ١٢١٨/٣.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

فكلُّ ما كان جهالةً في المقدار، فهي منتفية عن السلم، قياساً علىٰ الكيل.

والحيوان لا سبيل إلىٰ معرفة مقداره بالصفة؛ لأن ذِكْر السنِّ لا يدل علىٰ المقدار، إذ قد يتفقان في السن، ويتفاوتان في المقدار.

وليست كالثياب؛ لأن مقاديرها تُضْبَط بالذَّرْع.

ويدل هذا الخبر علىٰ صحة ما ذكرنا من وجهٍ آخر، وهو قوله: «فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم».

وظاهر أمره يقتضي الاقتصار بالسلم علىٰ المكيل والموزون، ونفيه عما سواهما؛ لأن الأمر علىٰ الوجوب، فلا يجوز تَرْكه بحال، إلا بدلالة، فانتفىٰ به جواز السلم في الحيوان.

وأيضاً: المبتغَىٰ من الحيوان الشدة، والقوة، وعُظْم الجُثَّة والسِّمَن، ونحوها، وذلك غير مضمون بذكر السنِّ، لتفاوت المتساويَيْن منها في السن في المعاني المبتغاة منه، فلم يجز السلم فيه.

فإن قيل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا تَصِفُ المرأةُ المرأةَ لزوجها حتىٰ كأنَّه ينظر إليها»[1].

فأقام الصفة مقام الرؤية.

قيل له: هذا فيما قد رُؤي، فأما ما لم يُرَ، وإنما نريد إثباته في الذمة، فلا دلالة في الخبر عليه.

أرأيتَ لو قال: قد أسلمتُ إليك في مثل هذه الجارية، هل كان

---

(١) صحيح البخاري ٩/٣٣٨ بلفظ: «لا تباشر المرأةُ المرأةَ فتَنْعَتَها لزوجها..»، وبلفظ: «لا تصف...» في المعجم الكبير للطبراني ١٠/١٧٣.

يجوز، مع وجود العين التي جعلتَها صفة لما في الذمة؟ فكيف يجوز ابتداؤه علىٰ ما في الذمة، من غير ضبط الصفة؟

فإن احتج محتَجٌّ بما روىٰ أبو سفيان عن عمرو بن حَرِيش عن عبد الله بن عَمرو «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أمرَه أن يجهِّز جيشاً، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ علىٰ قِلاص[1] الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين، إلىٰ إبل الصدقة»[2].

قيل له: لا دلالة في هذا الخبر علىٰ موضع الخلاف، وذلك لأن قوله: «خُذْ علىٰ قِلاص الصدقة»: لا يدل علىٰ أنه أمَره بإثبات القِلاص في الذمة، إذ لا يمتنع أن يكون مراده شراه بالدراهم، ليقبضها من إبل الصدقة، بأن يبيعها، فيقضي من ثمنها.

وقوله: «كان يأخذ البعير بالبعيرين إلىٰ إبل الصدقة»: إنما هو حكاية فِعْل عبد الله بن عَمْرو، وليس فيه أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أَمَرَه به، ولا عَلِمَ به، فأقرَّه عليه.

وأيضاً: لو ثَبَتَ أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أَمَرَه به، كان منسوخاً بتحريم الربا، لما ذكرنا أن السلم في الحيوان من جنس الربا، وبنهيه عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئةً، ويكون خَبَرُ الحَظْر حينئذٍ أَوْلىٰ من خبر الإباحة.

وأيضاً: فلا دلالة فيه علىٰ البيع، وجائز أن يكون كان قرضاً علىٰ إبل

---

(١) القلاص: جمع قلوص، وهي الناقة الشابة، كما في النهاية ٤/١٠٠.

(٢) سنن أبي داود ٣/٦٥٢، المستدرك ٢/٥٦، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، سنن الدارقطني ٣/٦٩، قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٤/٤١٩: إسناده قوي.

الصدقة، كما «استسلف بَكْراً[١]، ثم قَضَاه من إبل الصدقة»[٢].

وقد يجوز عندنا أن يثبت علىٰ الصدقة حيوان مجهول، كما يجوز أن يثبت لها حيوان مجهول.

ويدل علىٰ ما ذكرنا: أنه أخذه إلىٰ إبل الصدقة، وذلك أجل مجهول، لا يصح مثله في البياعات، فدلَّ علىٰ أنه كان في حال كان يجوز فيه الربا، والقرض الذي يجرُّ منفعة، وشَرْطُ الآجال المجهولة.

فإن قيل: ثبت الحيوان مهراً في النكاح[٣]، وفي الدية[٤].

قيل له: النكاح يصح علىٰ مهر المثل، والبيع لا يصح بالقيمة، وكذلك يثبت فيه عند مطلق تسمية، ولا خلاف[٥] أن السلم في عبدٍ مطلق غير جائز، والدية ثبتت إبلاً مجهولة بنات مخاض[٦]، وبنات لبون[٧]، ولا

---

(١) البَكْر بالفتح: الفَتِيُّ من الإبل، كما في النهاية ١/١٤٩.

(٢) صحيح مسلم ٣/١٢٢٤.

(٣) لم أهتد إلىٰ حديث يفيد أن المهر كان حيواناً.

(٤) سنن أبي داود ٤/٦٧٧، سنن الترمذي ٤/١٠، سنن النسائي ٨/٤٣، سنن الدارقطني ٣/١٧٣، البيهقي ٨/٧٤، وقد رووه من حديث عبد الله بن مسعود مرفوعاً، وموقوفاً.

قال الدارقطني: هذا حديث ضعيف غير ثابت. اهـ، وقد توسع في الكلام عنه البيهقي في السنن، والزيلعي في نصب الراية ٤/٣٥٦.

(٥) المغني ٤/٣١٣.

(٦) المخاض: النوق الحوامل، ويقال لولدها إذا استكمل سنة ودخل في الثانية: ابن مخاض، لأن أمه لحقت بالمخاض من النوق، كما في المغرب ٢/٢٦٠.

(٧) ابن اللبون من أولاد الإبل: ما استكمل سنتين ودخل في الثالثة، والأنثىٰ =

يجوز السلم في مثلها.

مسألة : [الكفالة والحوالة في السلم]

قال أبو جعفر : (ولابأس بالكفالة والحوالة في السلم).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم «الزَّعِيم غَارم»[1].

وقال: «مَن أُحِيْل علىٰ مليء فليَحْتَل»[2].

وكما صحَّتا بسائر الديون، صحَّتا بالسلم؛ لأنه ليس من شرط السلم قبضه من المسلَم إليه بعينه، دون غيره.

ألا ترىٰ أنه لو وكَّل رجلاً بتسليمه إليه: جاز.

وتجوز الحوالة والكفالة برأس المال إذا قَبَضَه المسلَم إليه قبل أن

بنت لبون، وجمعهما جميعاً بنات لبون، المغرب ٢/٢٤٠.

(١) سنن الترمذي ٣/٥٦٥، وقال: حديث حسن غريب، وأخرجه في كتاب الوصايا ٤/٤٣٣، وقال: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود ٣/٨٢٤، سنن ابن ماجه ٢/٨٠٤، (٢٤٠٥)، وقد توسع في تخريجه الزيلعي في نصب الراية ٤/٥٧، التلخيص الحبير ٣/٤٧.

وينبه هنا أن الزيلعي رحمه الله قال: «ووهم شيخنا علاء الدين – يعني ابن التركماني – مقلداً لغيره، فعزا الحديث لابن ماجه، فإن ابن ماجه روىٰ هذا الحديث في موضعين من سننه، ولم يذكر فيهما قوله: «والزعيم غارم».اهـ نصب الراية ٤/٥٨، والواقع أنه عند ابن ماجه في كتاب الصدقات كما تقدم.

(٢) بهذا اللفظ في مسند أحمد ٢/٤٩٣ وهي رواية صحيحة، كما في التلخيص الحبير ٣/٤٦، وجاء بلفظ: «إذا اتبع أحدكم علىٰ مليء فليتبع» عند البخاري (مع الفتح) ٤/٣٦٤، صحيح مسلم ٣/١١٩٧.

يفارقه ربُّ السلم.

أما جوازها، فلما وصفنا.

وأما قَبْضه في المجلس، فلأن حقوق العقد ثبتت بين المتعاقدَيْن، فاعتُبِر افتراقهما، دون افتراق الكفيل والمحال عليه.

مسألة : [بيع المسلَم فيه قبل قبضه]

قال أبو جعفر : (ولا يجوز بيع المسلَم فيه قبل قبضه ممن هو عليه، ولا مِن غيره، ولا التولية[1] ولا الشركة[2]).

لأنه بيعُ ما لم يُقْبض، ولأنه بيع دَيْن في ذمة الغير، وبيِّعه غيرُ قادر علىٰ تسليمه.

مسألة : [الرهن بالسلم]

قال : (ولابأس بالرهن بالسلم).

لقوله تعالىٰ: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ۚ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ

---

(١) تقدم تعريفها.

(٢) التشريك: بيع بعض ما اشترىٰ بما اشتراه به، المغرب ١/ ٤٤١.

إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰۚ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسْـَٔمُوٓاْ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْۖ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَاۗ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌۚ وَإِن تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمْۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾ ۞ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[١]، وذلك عامٌّ في السَّلَف وغيره.

وقال ابن عباس: السلم المؤجل في كتاب الله، ثم تلا قولَ الله تعالىٰ: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾[٢].

وأيضاً الرهن مقبوضٌ للاستيفاء، والسلم يوجِب الاستيفاء، فصحَّ الرهن به.

[مسألة :]

(وإذا هَلَكَ الرهن، وقيمتُه والسلم سواء، كان مستوفىً كسائر الديون.

ويجوز الرهن برأس المال إذا كان دَيْناً، فإن هَلَكَ الرهن قبل الافتراق: كان مستوفىً، وإن افترقا قبل الهلاك: بَطَلَ السلم).

لأنه حصل دَيْناً بدَيْن بعد الافتراق؛ لأن قبض الرهن لا يحصل به الاستيفاء حتىٰ يهلك.

---

(١) البقرة ٢٨٢-٢٨٣.

(٢) المستدرك ٢/٢٨٦، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، تفسير الطبري (جامع البيان) ٣/١١٦، فتح الباري ٤/٤٣٤.

مسألة : [الإقالة في السلم]

قال : (وتجوز الإقالة في السلم كله، وفي بعضه).

لا خلاف في جوازها في جميعه، والبعضُ مثله؛ لأن كل شيء جازت الإقالة في جميعه، فالبعضُ مثله؛ لأن كل شيء جازت الإقالة في جميعه، جازت في بعضه.

وما روي: «أن لا تَأْخُذْ إلا سَلَمَك، أو رأسَ مالك»[1]: لا ينفي الإقالة في البعض؛ لأنه لم يأخذ إلا سَلَماً، أو رأس مال.

مسألة : [السلم بمال واحد في شيئين مختلفين]

قال: (وإذا أسلم دراهم في شيئين مِن جنسَيْن[2]: لم يجز حتىٰ يبيِّن رأسَ مال كل واحدٍ منهما، في قول أبي حنيفة).

لأن مِن أصله: أنه كلما تعلق العقد علىٰ مقدارٍ من رأس مال السلم، فإنه لا يجوز إلا أن يكون معلوم القدر، علىٰ ما تقدم من بيانه.

فإن كان رأس المال عَرْضاً، جاز وإن لم يبيِّن رأس مال كل واحد منهما؛ لأن مقادير العروض من الثياب ونحوها إنما تُعرف بالذَّرْع، والذرع في الأعيان لا يتعلق العقد عليه؛ لأنه لو باع ثوباً علىٰ أنه عشرة أذرع، فوجده أقلَّ: أخذه إن شاء بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وإن كان

(١) روي بهذا اللفظ عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً، كما في مصنف عبد الرزاق ٨/١٤، سنن البيهقي ٦/٢٧، ولم أجده مرفوعاً بهذا اللفظ، ولما خرَّج هذا اللفظ الزيلعي في نصب الراية ٤/٥١ ذكر الحديث المرفوع: «مَن أسلف في شيء فلا يصرفه إلىٰ غيره»، كما سيأتي.

(٢) في الأصل (جنس)، وأثبت ما في المختصر ص/٨٨، والنسخة المغربية.

أكثر: كان جميعه له، فهذا مما لا يتعلق العقد علىٰ مقداره، فلا معنىٰ لذكر المقدار فيه.

* **قال**: (ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد).

* **قال أبو جعفر**: «ولا تجوز في قولهما الإقالة في واحد منهما دون صاحبه».

قال أحمد: ولا أعرف لقوله: «ولا تجوز الإقالة في واحد منهما دون صاحبه»: معنىٰ، فإن كان مراده أنه إذا أسلم دراهم، أو عَرْضاً في شيئين مختلفين: لم تجز الإقالة في أحدهما، في قول أبي يوسف ومحمد، فإن هذا لا نعرفه من قولهما، ولا أدري من أين وقع ذلك إليه، ولا علىٰ أي أصل قاسه[1]؟

مسألة: [جَعْل أجل السلم في وقتين]

قال: (ولا بأس بالسلم في نوع واحد، مما يكال أو يوزن، علىٰ أن يكون حلول بعضه في وقت، وحلول بقيّته في وقت آخر).

كما جاز أن يجعل أجل الجميع إلىٰ أحد الوقتين.

مسألة: [انقطاع المسلَم فيه من أيدي الناس بعد حلول الأجل]

قال: (وإذا حلَّ السلم، فلم يقبضه ربُّ السلم حتىٰ فات وانقطع من أيدي الناس، فالمسلِم بالخيار: إن شاء فسخ السلم وأخذ رأس ماله، وإن شاء صَبَرَ إلىٰ وقت وجود مثله).

---

(١) وكذلك تعقبه الإسبيجابي في شرحه ١/ لوحة/ ٢٠٧آ، وقال عن قول الطحاوي: إنه غير سديد.

وذلك لأنه لما صحَّت المطالبة به بحلول أجله، لم يفسد العقد بعد ذلك بانقطاعه من أيدي الناس، وذلك لأن وجوده مرجوٌّ في الثاني، فصار كإباق العبد من يدي البيِّع بعد صحة العقد، فلا يفسد العقد، وللمشتري الخيار في الفسخ، كذلك انقطاع السلم بعد حلول الأجل.

وليس ذلك مثل انقطاعه قبل حلول الأجل؛ لأن ذلك بمنزلة بيع العبد الآبق، لأنه لم يكن ممَّا يصحُّ تسليمه وقت وجوب المطالبة به.

وليس مما يطرأ علىٰ العقد من ذلك بعد صحته، بمنزلة ما كان موجوداً في العقد، ألا ترىٰ أن العِدَّة تمنع ابتداء العقد، فلا ترفع عقداً متقدماً.

مسألة : [إذا أصاب المسلَمَ فيه عيبٌ]

قال أبو جعفر : (ومَن قَبَضَ ما أسلم فيه، ثم أصاب به عيباً: ردَّه، وطالب المسلَم إليه بما أسلم إليه فيه غيرَ معيب).

وذلك لأنه استحق علىٰ المسلَم إليه تسليم السَّلَم إليه صحيحاً كسائر البياعات، إذْ كان العقد يوجب لكل واحدٍ من المتعاقدين صحة المعقود عليه، فإذا ردَّه: انتقض القبض فيه، كأنه لم يقبض، وعاد ما كان في ذمته من السلم.

* **قال** : (فإن كان حَدَثَ به في يده عيب آخر قبل الرد، فإن أبا حنيفة قال: قد لزمه، ولا يرجع بشيء إلا أن يشاء المسلَم إليه أن يقبله).

وذلك لأنه قد تعذَّر ردُّ العين، لأجل العيب الحادث في يد المسلِم، كمَن اشترىٰ حنطة بعَيْنها، فوَجَدَ بها عيباً، وحَدَثَ بها عيب عنده، فيمنع ذلك ردها.

وإنما لم يرجع بشيء من أرش العيب؛ لأن السلم مقبوض عما كان له

في ذمة المسلَم إليه، وليس هو المبيع بعينه، لأنه لو كان كذلك، لانتقض السلم بردِّه بالعيب، فلا يجوز أن يأخذ عما كان له في ذمة المسلَم إليه فيه وزيادة؛ لأنه لا يجوز له أن يأخذ إلا سَلَمَه أو رأسَ ماله.

وكذلك قال أبو حنيفة في الدراهم، إذا وَجَدَها الذي له زيوفاً، وقد هلكت، أنه لا يرجع بشيء، ولا يرد مثلها، لهذه العلة بعينها.

وليس هو مثل الحنطة المشتراة بعينها بدراهم، إذا قبضها، فَحَدَث بها عيب عنده، ثم اطَّلع علىٰ عيب كان عند البيِّع، فيرجع بأرش العيب؛ لأن العقد ينتقض في الجزء المرجوع به من حصة العيب، وههنا لا ينتقض عقد السلم في ذلك الجزء بالرجوع، كما لا ينتقض برد الكُرِّ لو كان قائماً بعينه، فردَّه.

* (وقال أبو يوسف: يَغْرَم المسلِمُ كُرّاً مثله معيباً، ويرجع بسَلَمه إذا أبىٰ المسلَم إليه أن يقبله).

وذلك لأنه لا يمكنه استدراك حقه إلا بنقض القبض في مثله.

وكذلك قال في الدراهم الزيوف، إذا قبضها عن الجياد، وهو لا يعلم، فهلكت: أنه يغرم مثل الزيوف، ويرجع بالجياد.

وأبىٰ ذلك أبو حنيفة؛ لأن فيه نقض القبض علىٰ غير ما وقع عليه القبض، وذلك لا يجوز، كما لا يجوز نقض العقد علىٰ ما لم يقع عليه العقد.

* (وقال محمد: يرجع المسلِم علىٰ المسلَم إليه بنقصان العيب من رأس المال).

وجَعَلَه بمنزلة كُرٍّ بعينه اشتراه بدراهم، ثم اطَّلع علىٰ عيب، وقد حَدَث به عيب عنده، فيرجع بنقصان عيبه من الثمن.

* **قال**: (وذلك إذا كان العيب الحادث عنده من جنايته، أو من السماء، فإن كان من جناية جانٍ، فأَخَذَ له أرشاً، فلا خيار للمسلَم إليه في قبوله).

والاختلاف فيما سوىٰ ذلك علىٰ ما وصفنا.

مسألة: [تصرُّف المسلِم برأس المال بعد الإقالة]

قال: (ولا يجوز للمسلِم بعد الإقالة وقبلها أن يشتريَ به[1] شيئاً قبل قبضه إياه من المسلَم إليه).

وذلك لما حدثنا محمد بن بكر البصري قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا محمد بن عيسىٰ قال: حدثنا أبو بدر عن زياد بن خَيْثَمة عن سعدٍ ـ يعني الطائي ـ عن عطية بن سعد عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَنْ أسلف في شيء فلا يصرفه إلىٰ غيره»[2].

وقد روي عن جماعة من السلف: «لا تأخذ إلا سَلَمَك أو رأسَ مالك»[3]، منهم ابن عمر وغيره.

---

(١) أي برأس مال السلم، كما في المختصر ص٩٠.

(٢) سنن أبي داود ٣/٧٤٤، سنن ابن ماجه ٢/٧٦٦، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٢٥: فيه عطية بن سعد العوفي، وهو ضعيف، وأعله أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب، لكن الزيلعي في نصب الراية ٤/٥١ قال: رواه الترمذي في علله الكبير، وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن. اهـ

(٣) تقدم.

مسألة :

قال : (ولا يجوز التسعير علىٰ الناس).

لأن الله تعالىٰ لم يُبِحْ أَخْذَ مـال الغـير إلا عـن تـراضٍ بقولـه: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحلُّ مالُ امرىء مسلِم إلا بطيبٍ من نفسه»[2].

وروي عن أنس بن مالك قال: «غَلاَ السعر علىٰ عهد رسول الله صـلىٰ الله عليه وسلم، فقال الناس: يا رسول الله! قـد غـلا الـسعر، فـسَعِّر لنـا، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: إن الله الخالقُ القابضُ الباسطُ الرَّازقُ المسعِّر، وإني لأرجو أن ألقىٰ الله تعالىٰ وليس يطلبني أحدٌ مـنكم بمَظْلمـة في نفسٍ ولا مال»[3].

* * * * *

(١) النساء: ٢٩.

(٢) سنن الدارقطني ٣/٢٥-٢٦، سنن البيهقي ٦/١٠٠. قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/١٧٢: رواه أبو يعلىٰ، وأبو مرة وثَّقه أبو داود وضعَّفه ابن معين.اهـ، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٤٥: «ذكره الحاكم في حديث طويل من حديث عكرمة عن ابن عباس، ورواه الدارقطني من حديث مقسم عن ابن عباس نحوه في حديث، وفي إسناده: العزرمي، وهو ضعيف»، ثم ذكر له طرقاً عديدة بألفاظ مختلفة متحدة في المعنىٰ.

(٣) سنن الترمذي ٣/٦٠، وقال: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود ٣/٧٣١، سنن ابن ماجه ٢/٧٤١.

باب الاستبراء

مسألة : [استحباب استبراء الجارية من قِبَل بائعها]

قال أبو جعفر : (وإذا كانت للرجل جارية يطؤها، لم يبِعْها حتىٰ يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض، أو بشهرٍ إن كانت ممن لا تحيض).

قال أحمد : وهذا استحباب في البيِّع، وليس بواجب، وذلك لأنها إذا كانت ذات حيض، وقد وطئها، لا يأمن أن تكون حاملاً منه، فيستهلكها المشتري، أو يحدث فيها ما يمنع صحة دعواه، فاستُحِبَّ له الاستبراء احتياطاً.

مسألة : [يجب علىٰ المشتري استبراء الأمة]

قال أبو جعفر : (ولا يَقْرِبُها المشتري، أو مَن مَلَكَها بغير شراء، حتىٰ يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض، أو شهراً إن كانت ممن لا تحيض).

قال أحمد : الأصل فيه: ما روىٰ أبو سعيد الخدري عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال في سبايا أَوْطَاس[1]: «لا تُوطَأ حاملٍ حتىٰ تضع،

---

(١) أَوْطَاس: وادٍ في ديار هوازن قرب الطائف، وفيه كانت غزوة أوطاس، وهي بعد غزوة حُنين سنة ثمان للهجرة، وعدَّها بعضهم غزوة واحدة، ينظر فتح الباري ٨/٤٢.

ولا حائل[١] حتىٰ تُستَبْرَأ بحيضة»[٢].

فصار ذلك أصلاً في وجوب الاستبراء لحدوث الملك؛ لأنه معلوم أن هذا الاستبراء لم يجب عن فراش، لأنه لو كان كذلك، لفرَّق بين ذات الفراش، وبين غيرها.

فلما أوجب الاستبراء في الجميع، دلَّ علىٰ أن وجوبه متعلق بحدوث الملك، فكلُّ مَنْ استحدث ملكاً في جارية، وتمَّ ملكه فيها: لم يطَأْها حتىٰ يستبرئها.

وقد روي نحو ذلك عن علي، وعبد الله بن مسعود، وعثمان بن عفان وعمر، وعُبادة بن الصامت[٣].

* (فإن كانت ممن لا تحيض: فشهر).

وروي نحوه عن ابن عمر في آخَرِين من السلف[٤].

لأن الشهر يقوم مقام حيضة في العدَّة، فكذلك في الاستبراء.

مسألة : [يكره تحريماً دواعي الوطء قبل استبراء الجارية]

قال أبو جعفر : (ولا ينبغي له أن يُقَبِّلها، ولا ينظرَ إلىٰ فَرْجها من

---

(١) أي لا حمل بها، كما في البناية للعيني ٩/٢٩٦، المصباح المنير (حال)، وينظر النهاية ١/٤٦٣.

(٢) سنن أبي داود ٢/٦١٤، المستدرك للحاكم ٢/١٩٥، سنن الدارمي ٢/٩٢، مسند أحمد ٣/٦٢، سنن الدارقطني ٤/١١٢، وإسناده حسن، كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١/١٧١.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٢٤.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٢٤.

شهوةٍ، حتىٰ يستبرئها).

قال أحمد: كما أن رجلاً لو وجبتْ علىٰ امرأته عدة من وطء بشُبهة، لم يكن للزوج أن يُقبِّلها، ولا يباشرها حتىٰ تنقضيَ عدتها، وكذلك الأمة، إذا كانت معتدَّة من زوج، لا يقبِّلها المولىٰ ما دامت في العدة، والاستبراء يشبه العدة؛ لأن العدة تجب علىٰ وجه الاستبراء.

مسألة: [وجوب استبراء الجاريةِ الحاملِ من زنىٰ]

قال أبو جعفر: (ومن ابتاع جارية حاملاً من زنًى، لم يطأها حتىٰ تضع حملَها).

لحديث أبي سعيد عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في السبايا: «لا توطأ حاملٌ حتىٰ تضع»(١)، وهو عامٌّ في سائر الحوامل.

وكما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحلُّ لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقيَ ماءَه زرعَ غيره»(٢).

رواه رُوَيْفِع بن ثابت الأنصاري.

وروي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا يحلُّ لرجلَيْن يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا في امرأة في طُهْر واحد»(٣).

---

(١) تقدم.

(٢) سنن أبي داود ٢/٦١٥، سنن الترمذي ٣/٤٣٧ وقال: حديث حسن، مسند أحمد ٤/١٠٨، المستدرك ٢/١٣٧، وصححه ووافقه الذهبي. التلخيص الحبير ٣/٢٣٢.

(٣) لم أهتد إلىٰ تخريجه.

وهذا كله يحظر وطء الحامل علىٰ مَنْ ليس الحمل منه.

مسألة :

قال: (ولا يَعْتَدُّ المشترِي بالحيضة التي حاضَتْها في يد البيِّع بعد البيع قبل القبض).

وذلك لأن المشتري إنما يملك الوطء بعد القبض، ولا يجوز له أن يطأ قبل القبض، فإنما يجب الاستبراء في الحال التي يملك فيها الوطء.

وأيضاً: فإن الملك لا يتم فيها إلا بالقبض، وعند تمام الملك يجب الاستبراء.

* **قال** : (وروي عن أبي يوسف أنه قال بأَخَرَة: يُعتد بتلك الحيضة من الاستبراء).

وذهب إلىٰ أن الملك قد صحَّ له وإن لم يقبض.

مسألة : [مدة استبراء الجارية التي ارتفع حيضها]

قال أبو جعفر : (وإذا اشترىٰ جارية ممن تحيض، فَقَبَضها، فارتفع حيضها لا مِن حَمْل، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا يطأها حتىٰ يعلم أنها غير حامل، ولم يقدِّر ذلك بشيء.

وروىٰ أصحابُ الإملاء عن أبي يوسف عنه مثل ذلك، إلا أنه قال: حتىٰ تمضيَ عليها ثلاثةُ أشهر، أو أربعة أشهر، فإذا مضىٰ ذلك عليها، ولم يُعْلَم حَمْل: كان له وطؤها).

وذلك لأن الحيضة لما كانت استبراءً من الحَمْل في ذوات الحيض، لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تُوطأ حامل حتىٰ تضع، ولا حائل حتىٰ

تُسْتَبْرَأ بحيضة»[١]، وجب أن يعتبر حصول غلبة الظن في براءة رحمها من الحَبَل، وذلك قد يظهر في مثل المدة التي ذَكَر.

وليس ذلك كالعدة لذات الحيض: أن عدتها لا تنقضي حتىٰ تحيض ثلاث حِيَض وإن كانت في سِنِيْن؛ لأنها منصوصٌ في كتاب الله عليها: ﴿ثَلَٰثَةَ﴾[٢]، فلا يجوز النقصان عنها.

* (وقال محمد: لا يطؤها حتىٰ يمضيَ عليها شَهْرَان وخمسة أيام، ثم رَجَع فقال: حتىٰ تمضيَ أربعةُ أشهر وعشرٌ).

قال أبو بكر: ذكر محمد في الأصل: أربعة أشهر وعشراً، وروىٰ ابنُ سماعة[٣] عنه: شهران وخمسة أيام، فاعتَبر في إحدىٰ الروايتين عِدَّة الحرة في الوفاة، وفي الأخرىٰ عِدَّةَ الأمة.

مسألة: [عدم وجوب استبراء الجارية المطلَّقة غير المدخول بها]

قال أبو جعفر: (ومَن اشترىٰ جارية ولها زوج لم يدخل بها، وقَبَضها، وهي كذلك، ثم طلقها زَوْجُها: حلَّ له أن يطأها، ولم يكن عليه أن يستبرأها).

وذلك أن الاستبراء إنما يجب بتمام الملك، وقد وُجِدَ ذلك، وهي

---

(١) تقدم.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

(٣) الإمام محمد بن سماعة التميمي، حدَّث عن أبي يوسف ومحمد، وأخذ الفقه عنهما، وولي القضاء للمأمون ببغداد، وَصَفه يحيىٰ بن معين أنه ريحانة العلم، ولد سنة ١٣٠هـ، وتوفي رحمه الله سنة ٢٣٣هـ، له ترجمة في الفوائد البهية ص١٧٠.

تحت زوج فلم يجب؛ لأن غيره هو المالك لوطئها، وطلاق الزوج لم يُحدِث للمولىٰ ملكاً فيها، فلم يجب الاستبراء، إذ كان وجوبه متعلقاً بحدوث الملك لاستباحة الوطء.

والدليل علىٰ ذلك: أن المولىٰ لو زوَّج أمتَه من رجل، حَرُمَ وطؤها عليه، فإن طلَّقها الزوجُ قبل أن يدخل بها، لم يجب عليه استبراءٌ لاستباحة وطئها، إذ لم يستحدث بذلك ملكاً.

مسألة:

قال أبو جعفر: (ومَن اشترىٰ جارية، ولم يفارق بيِّعها عن موطن البَيْع، أو لم يكن قبضها، حتىٰ تقايلا البيع، فإن أبا حنيفة قد قال: في الأصل القياس أن لا يطأها حتىٰ يستبرئها، قال: وأَسْتَحْسِنُ فأجعل له وطأها من غير استبراء.

وروىٰ أبو يوسف في الإملاء عن أبي حنيفة أنه قال: لا يطأها حتىٰ تُستبرأ).

قال أحمد: القياس أن يستبرئها البيِّع، لحدوث ملكه فيها بالإقالة، ولا تُستبرأ استحساناً؛ لأن ملك المشتري لم يتمَّ حتىٰ عادت إليه.

ألا ترىٰ أن المشتري لم يكن يعتد بالحيضة التي كانت في يد البيِّع من الاستبراء، وأنها في هذا الوجه بمنزلة مَنْ هي في ملك البيِّع، فكذلك هي في حكم ملكه في سقوط الاستبراء عنه بالإقالة.

* **قال**: (وذكر ابنُ سماعة عن محمد: أن القياس أن لا يستبرأها).

قال أحمد: وذلك لأن ملك المشتري لم يتمَّ فيها بعد، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الرَّهْن

مسألة : [شروط الرهن]

قال أبو جعفر : (ولا يجوز الرهن إلا مقبوضاً، مُفْرَغاً، مَحُوزاً، خارجاً عن يد راهِنِه إلىٰ يد مُرْتَهِنه، أو إلىٰ يدِ عَدْلٍ يرتضيان به).

قال أحمد : وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[1]، وحكم جواز الرهن مأخوذٌ من الآية، ولم يَرِدْ إلا معقوداً بصفة القبض.

وأيضاً: فإن الرهن وثيقة، ولا يحصل معناها إلا بحصول يد المرتهن عليه.

وإنما يصح قبض العدل؛ لأن الله تعالىٰ لما قال: ﴿فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، أجازه مقبوضاً علىٰ الإطلاق، ولم يفرِّق فيه بين قبض المرتهن وقبض العدل، وعمومُه يقتضي جوازه بقبض أيِّهما قَبَض.

وأيضاً: فإن العدل وكيلٌ للمرتَهِن في القبض، وقد يحصل مضموناً عليه، ويدُ الوكيل كيد الموكِّل.

مسألة : [رهن المُشَاع]

قال: (ولا يصح رهن المُشَاع فيما يُقْسَم، ولا فيما لا يُقْسَم).

---

(١) البقرة: ٢٨٣.

وذلك لأن كونه مُشَاعاً يوجب استحقاق القبض بالمُهَايَأة[١]، فإذا كان المعنىٰ الموجِب لاستحقاق القبض الذي هو شرط في صحة العقد مقارِناً للعقد، لم يصح الرهن.

وإنما كان شَرْط استصحاب اليد مع بقاء الرهن، من قِبَل أن الرهن لما كان وثيقة، وكان لا يحصل معنىٰ الوثيقة فيه إلا بالقبض، فمتىٰ استُحِقَّ القبض[٢]، ارتفعت الوثيقة، ومتىٰ ارْتَفَع ذلك بَطَل الرهن.

وليس الرهن كالهبة في جوازها في المُشَاع الذي لا يُقْسَم؛ لأن القبض في الهبة شرطٌ في صحة العقد، لا في بقاء الملك، لأن صحة بقاء الملك غير مفتقِرَةٍ إلىٰ استصحاب اليد، وصحة بقاء الرهن مفتقِرةٌ إلىٰ استصحاب اليد، إذْ به تحصل وثيقة، وليس في الرهن معنىٰ غيرها، ففي ارتفاعِها ارتفاعُ الرهن، فلذلك افترقا.

فإن قيل: فقد يصح بقاء الرهن عندكم مع زوال اليد، وهو أن يستعيره الراهن، فلا يبطل الرهن.

قيل له: إنما مَنَعْنَا صحة رهن المُشَاع؛ لأن اليد التي بها صحَّ معنىٰ الرهن مستَحَقَّةٌ بمعنىٰ يقارب العقد.

ولا يلزم علىٰ ذلك العارية؛ لأن يد العارية غير مستحقة علىٰ المعير، وكونه شائعاً يوجب استحقاق يده عليه، فلذلك اختلفا.

---

(١) التهايؤ: أن يتواضعوا علىٰ أمر فيتراضَوْا به، وحقيقتُه أنَّ كلاً منهم يرضىٰ بحالة واحدة ويختارها، كما في المغرب ٢/٣٩٢.

(٢) أي لغير المرتهن.

مسألة : [الانتفاع بالرهن بإجارةٍ ونحوها]

قال أبو جعفر : (ولا يُؤَاجَرُ الرَّهْنُ، ولا يُخْرَج من يد المرتهن إلا بعد قضاء الدَّيْن، ولا يُنْتَفَعُ به).

وذلك لأن في إجارته استحقاق يد المرتهن[١]، وفي ذلك إبطال الرهن.

ولا يُركَب؛ لأن ركوب الرهن يُزيل يد المرتهن.

والمرتهن لا يجوز له أن يركبه؛ لأنه لا يملك منافعه بعقد الرهن، إذ كان عقد الرهن لا يوجب له ملك المنافع.

وما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «الرهن مَحلوب ومَركوب»[٢]: فإنه يَحتمل أن يريد به جواز الرهن فيما يُحلب ويُركب، كأنه قال عليه الصلاة والسلام: المحلوب والمركوب يصحُّ رهنه.

ويحتمل أن يُحلَب، واللبن رهنٌ معه.

ويَركبه الراهن عاريةً من جهة المرتهن، ولا يَبطل به حق المرتهن في إعادته إلىٰ يد الراهن.

---

(١) في نسخة الاتقاني: (الراهن)، وأثبت ما في الأصل، والنسخة المغربية، وهو الصواب، والله أعلم.

(٢) المستدرك ٥٨/٢، وصححه مرفوعاً، سنن الدارقطني ٣٤/٣، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣٦/٣: «أُعِلَّ بالوقف، وقال ابن أبي حاتم: قال أبي: رفعه مرة ثم ترك الرفع بعد، ورجح الدارقطني ثم البيهقي رواية من وقفه علىٰ مَن رفعه، وهي رواية الشافعي عن سفيان عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة».اهـ.

فأفاد أن العقد لا يبطل بعوده إلىٰ يد الراهِن عارية.

وقد روىٰ الشعبي عن أبي هريرة أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «إذا كانت الدابة مرهونة، فعلىٰ المرتهن عَلَفُها، ولبن الدَّرِّ[1] يُشرَب، وعلىٰ الذي يَشْرَبُه نفقتُه»[2].

وهذا جائز أن يكون كان قبل تحريم الربا، وقبل تحريم كل قرض جَرَّ منفعة؛ لأنه جَعَل اللبن بإزاء النفقة، وقد يتقاربان، فلم يُعتبر ذلك.

مسألة: [رهنُ عبدِ ابنِ المَدِين]

قال: (ويجوز للرجل أن يرهن عبدَ ابنه الصغير بدَيْن علىٰ الأب).

وذلك لأنه يلي التصرف عليه في الشراء والبيع، وله أن يودع مالَ ابنهِ بغير ضمان، فإذا شَرَط فيه ضماناً يحصل عليه بالهلاك، فهو أنفع للصبي.

فإن قيل: هلاك الرهن يوجب استيفاء الدَّيْن، وليس له أن يقضيَ دَيْنه من مال ابنه.

قيل له: نَفْس القبض لا يحصل به استيفاء، وإنما يحصل ذلك بالهلاك، وإذا هلك بضمان الدَّيْن، ضمن الأب مقدار ما قضىٰ به الدين للصغير، كمن أعاره رجلٌ عبدَه علىٰ أن يرهنه بدَيْن عليه، فما قضىٰ به من الدين: ضَمِنَه المستعير.

---

(١) الدَّرُّ: بفتح المهملة، وتشديد الراء، بمعنىٰ الدارَّة، أي ذات الضرع، كما في فتح الباري ١٤٣/٥.

(٢) شرح معاني الآثار ٩٩/٤ بهذا اللفظ، وهو في صحيح البخاري، ١٤٣/٥ بلفظ: «الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدَّرِّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلىٰ الذي يَركب ويَشرب النفقة».

مسألة : [ضياع الرهن، وضمانه]

قال أبو جعفر : (وإذا ضاع الرهن في يدي المرتهن، ضاع بالأقل مما هو مضمون به، ومن الدين).

والدليل علىٰ أن الرهن مضمونٌ، ليس بأمانة، قولُ الله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞۖ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [1].

ففرَّق بين الرهن والأمانة، فدلَّ علىٰ أن الرهن ليس بأمانة، وإذا لم يكن أمانة، فهو مضمون.

وأيضاً: «روىٰ عطاء بن أبي رباح أن رجلاً رَهَنَ رجلاً فَرَساً بدَيْن له عليه، فنَفَقَ الفرس[2]، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم للمرتهن: ذَهَبَ حقك»[3].

وأيضاً اتفقت[4] الصحابة علىٰ ضمانه أي الرهن، إلا أنهم اختلفوا في كيفيَّة الضمان:

---

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) نفقت الدابة: ماتت، كما في مختار الصحاح (نفق).

(٣) شرح معاني الآثار ١٠٢/٤، سنن البيهقي ٤١/٦، وعزاه الزيلعي في نصب الراية ٣٢١/٤ إلىٰ مراسيل أبي داود، ومصنف ابن أبي شيبة، وقال: «قال عبد الحق في أحكامه: وهو مرسل وضعيف، قال ابن القطان في كتابه: ومصعب بن ثابت بن عبد الله ابن الزبير: ضعيف كثير الغلط، وإن كان صدوقاً».اهـ

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٥٢٦/١، وفي الدراية لابن حجر ٢٥٨/٢ قال: لم أجد ذلك.

فرُوي عن عمر[١] نحو قولنا.

وروي عن علي بن أبي طالب [٢] أنهما يترادَّان الفَضْل، وعن ابن عمر[٣] نحوه.

وعن شريح[٤] قال: الرهن بما فيه، ولو خاتم من حديد.

فحصل من اتفاقهم ضمانه، فمن قال هو أمانة غير مضمون بوجه، فهو خارج من اختلافهم، ومخالِفٌ لإجماعهم.

* ومن جهةِ النظر: إن الرهن مقبوض للاستيفاء، والدليل عليه: أن المرتهن أحق به بعد الموت من سائر الغرماء لاستيفاء دَيْنه، وإذا كان مقبوضاً للاستيفاء، وَجَبَ أن يكون هلاكه علىٰ الوجه الذي حصل عليه قبضه.

ألا ترىٰ أن المقبوض علىٰ وجه البيع، والغصب، والسوم، إذا هَلَكَ، هَلَكَ علىٰ الوجه الذي هو مقبوض عليه من الضمان.

وما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا يَغْلَقُ الرهن،

---

(١) شرح معاني الآثار ١٠٣/٤، سنن البيهقي ٣٤٣/٦ مع الجوهر النقي، مصنف عبد الرزاق ٢٣٨/٨-٢٣٩، نصب الراية ٣٢٢/٤.

(٢) شرح معاني الآثار ١٠٣/٤، سنن البيهقي ٣٤٣/٦ مع الجوهر النقي، مصنف عبد الرزاق ٢٣٨/٨-٢٣٩، نصب الراية ٣٢٢/٤.

(٣) شرح معاني الآثار ١٠٣/٤، سنن البيهقي ٣٤٣/٦ مع الجوهر النقي، مصنف عبد الرزاق ٢٣٨/٨-٢٣٩، نصب الراية ٣٢٢/٤.

(٤) شرح معاني الآثار ١٠٣/٤، سنن البيهقي ٣٤٣/٦ مع الجوهر النقي، مصنف عبد الرزاق ٢٣٨/٨-٢٣٩، نصب الراية ٣٢٢/٤.

لصاحبه غُنْمُه، وعليه غُرْمه»[١].

فإنه روي عن إبراهيم[٢] والزهري[٣] في تأويل قوله: «لا يَغْلق الرهن»: أن أهل الجاهلية كانوا يَرْهَنُون علىٰ أنه إن لم يأته بالمال وقت كذا: فهو له، فأبطلَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم ذلك بقوله: «لا يَغْلَقُ الرهن»، يعني أنه لا يُمْلَك بالدَّيْن.

وقد حُكي عن جماعة من أهل اللغة[٤] أن العرب تقول: غَلِقَ الرهن: إذا ذهب بغير شيء، وأنشد في ذلك قول زهير[٥]:

وفَارَقْتُكَ بِرَهْنٍ لا فِكَاكَ لـه　　　يومَ الوَدَاع، فأَمْسَىٰ رَهْناً غَلِقَاً

---

(١) المستدرك للحاكم ٥١/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، موارد الظمآن ص ٢٧٤ (١١٢٣)، سنن ابن ماجه ٨١٦/٢، الموطأ ٧٢٨/٢، سنن الدارقطني ٣٢/٣ وقال: هذا إسناد حسن متصل، وقد توسع في الكلام عن هذا الحديث ابن حجر في التلخيص الحبير ٣٦/٣-٣٧، والزيلعي في نصب الراية ٣١٩/٤.

(٢) أي النخعي.

(٣) عن الزهري في مصنف عبد الرزاق ٢٣٧/٨.

(٤) تهذيب اللغة (غلق).

(٥) ديوان زهير بن أبي سلمىٰ، (مع شرحه لثعلب أحمد بن يحيىٰ) ص٣٣، وزهير هو حكيم الشعراء في الجاهلية، ولم يدرك الإسلام، وكان أبوه شاعراً، وأخته الخنساء شاعرة، وابناه كعب وبجير صحابيان شاعرين، وكعب هذا هو الذي مدح رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بقصيدة: (بانت سعاد)، توفي زهير سنة ١٣ قبل الهجرة.

ترجم له ابن قتيبة في الشعر والشعراء ١٣٧/١، وابن حزم في جمهرة أنساب العرب ص٢٠١، والزركلي في الأعلام ٥٢/٣.

يعني قد ذهب بغير شيء.

وأما قوله: «لصاحبه غُنْمُه، وعليه غُرْمه»: فإن الغُنْم هو الزيادة من نحو اللبن، والولد، والصوف، والسمن، والغُرْم: هو الدَّيْن.

فيكون تفسيراً لقوله: «لا يَغلق الرهن»: يعني أنه لا يُمْلَك بالشرط عند محل الأجل، ولصاحبه إذا جاء زيادته، وعليه دينه الذي هو مرهون به.

وتأوَّل بعضُ المخالفين: «عليه غُرْمه»: يعني على الراهن هلاكه، فأخطأ في اللغة خطأً بيِّناً.

قال لنا أبو عُمَر غُلاَم ثعلب: أخطأ في اللغة مَن قال: إن الغُرم الهلاك؛ لأن الغرم أصله في اللغة هو اللزوم، ومنه يسمىٰ مَنْ عليه الدين: غريماً؛ لأنه قد لزمه الدين والمطالبة.

ويسمىٰ المطالِب الذي له الدين: غريماً؛ لأن له اللزوم والمطالبة، ألا ترىٰ أنه لا يقال لمَن ذهب ماله: غريم، وإنما يقال ذلك لمَن عليه دين.

ومن ذلك قول الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾ [1]: يعني لازماً دائماً.

وقال: ﴿إِنَّا لَمُغْرَمُونَ﴾ [2]: يعني مطالبون بما قدَّمناه.

ومنه قول الشاعر:

---

(١) الفرقان: ٦٥.

(٢) الواقعة: ٦٦.

«إني بحبِّك مُسْتَهَامٌ مُغْرَم»[١]

يعني: ملزوماً مطالباً.

* ومما يدل علىٰ ضمان الرهن: أنه محبوس في يد المرتهن لاستيفاء الدين.

* وفي الأصول: أن الحبس لا يثبت إلا مع تعلُّق ضمان، ألا ترىٰ أن البيِّع لما كانت السلعة محبوسة في يده لاستيفاء الثمن، كانت مضمونة عليه.

فإن قيل: فالمستأجِر لا يضمن العبد المستأجَر، وهو محبوسٌ في يده.

قيل له: هو مضمون في يده بما هو محبوس به، وهو المنافع، ألا ترىٰ أنه يكون مستوفِياً للمنافع علىٰ حسب بقائه في يده.

* ويدل علىٰ أن الرهن مضمون: أن جوازه مقصور علىٰ ما يصح أن يكون مضموناً به من الديون المضمونة، وأنه لا يصح بالأعيان التي ليست بمضمونة، نحو الودائع والعواري؛ لأنه إذا هلك لم يهلك بها، وصحَّ بالدين، فدل علىٰ أنه إنما يصح به؛ لأن هلاكه يوجب استيفاء الدين، ولولا ذلك لكان يصح بالأعيان التي وصفنا، فلما لم يصح بها، لأن هلاكه لا يوجب استيفاءَها، دلَّ علىٰ صحة ما ذكرنا.

* وإنما جعلوا الرهن مضموناً بالأقل من الدين، ومن قيمته: من قِبَل أنه أي الرهن، لما كان مقبوضاً للاستيفاء، وَجَبَ أن يكون أميناً في الفَضْل؛ لأن الدين إذا كان مائة درهم، لا يجوز أن يستوفيَ[٢] المائة، إلا

(١) لم أهتد لقائله.

(٢) في الأصل: (يشترط)، وما أثبته من نسخة الإتقاني والمغربية، وهو الصواب، والله أعلم.

مِن مقدارها من الرهن.

وإن كان الدين أكثر، فليس يجوز أن يستوفيَ من خمسين درهم مائة درهم.

مسألة : [عِتق الراهِن العبدَ المرهون، وضمانه]

قال أبو جعفر : (وإذا أعتق الراهِنُ عبدَه المرهون، كان حرّاً، وخَرَج من الرهن).

وإنما جاز عتقه؛ لأن صحة الرهن فيه لم يُزِل ملكه عنه، وإذا كان مالكاً: نَفَذَ عتقه، لما روىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا عِتق إلا فيما يملك ابن آدم»[1]، فأجاز العتق فيما يملك، وهذا مالك.

ويخرج العبدُ من الرهن؛ لأنه حرٌّ لا يصح استيفاء الدين منه، والرهن مقبوض للاستيفاء، لما بيَّنَّا، ولا يمنع حق المرتهن من نفاذ عتق الرهن فيه، كما أن حق أحد الشريكين في العبد وما يلحقه من الضرر بالعتق، لا يمنع عتقه.

* فإن كان الراهن موسِراً: غَرِمَ قيمتَه، كما لو قَتَله غَرِمَ قيمته؛ لأن له حق الاستيفاء من الرقبة، فتقوم القيمة مقامها.

---

(١) سنن أبي داود ٢/٦٤٠، سنن الترمذي ٣/٤٨٦ وقال: حديث حسن صحيح، سنن ابن ماجه ١/٦٦٠، المستدرك للحاكم ٢/٢٠٥، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/٢٠٦: إسناده صحيح، وينظر التلخيص الحبير ٣/٢١٠.

وكما لو قتله أجنبي، كان المرتهن أحق بها، حتىٰ يستوفيَ حقه منها.

* **قال**: (وإن كان الراهِن معسراً: سَعَىٰ العبدُ في الأقل من الدَّيْن وقيمته للمرتهن، ثم رَجَعَ به علىٰ الراهِن).

وذلك لأن حق المرتهن كان ثابتاً في استيفاء الدين من الرقبة، فإذا حصلت الرقبة للعبد، ولم يقدر علىٰ أخذ بدلها من الراهن، ضمنها.

كما أن المريض إذا عَتَقَ عبدَه في مرضه، وعليه دَيْن، ولا مال له: سَعَىٰ العبدُ في قيمته.

فإن قيل: فلو أعتق المشترِي العبدَ المشتَرىٰ قبل القبض، لم يَسْعَ العبدُ في شيءٍ وإن كان المشتري معسراً، مع ثبوت حق البيِّع في الإمساك، لاستيفاء الثمن.

قيل له: الفرق بينهما أن الثمن غير متعلق برقبة العبد المبيع علىٰ جهة الاستيفاء بهلاكه، والدَّيْن متعلق برقبة الرهن علىٰ جهة أن يكون مستوفىٰ بهلاكه.

ألا ترىٰ أن العبد المرهون لو هَلَكَ كان المرتهن مستوفياً لدَيْنه، ولو هلك المبيع في يد البيِّع: لم يكن البيِّع مستوفياً للثمن بهلاكه، وإنما ينتقض به البَيْع، ويهلك من ماله.

* وإنما كان للعبد الرجوع علىٰ المولىٰ بما أدَّىٰ من ذلك؛ لأنه لزمه قضاء دينه من جهة الحكم، فصار كأنه قضاه بأمره، ألا ترىٰ أن الوصي والوارث متىٰ قَضَيَا دَيْن الميت، كان لهما أن يرجعا به في مال الميت.

مسألة: [ضمان الأمة الرهن باستيلادها]

قال أبو جعفر: (ولو حَبِلَت الأمة الرهن، فادَّعىٰ الراهِنُ حَمْلَها، ثم

وضعتْ، ضَمِنَ قيمتَها إن كان موسراً).

لأنه أخرجها من الرهن بالاستيلاد.

* (وإن كان معسراً، سَعَت الأمة في الدين بالغاً ما بلغ، ولم يرجع به علىٰ الراهِن).

وذلك لما ذكرنا، من أن حقَّه كان متعلِّقاً بالرقبة، وقد استَحَقَّت هي تلك الرقبة من الرهن بالاستيلاد.

* وإنما سَعَتْ في جميع الدين، ولم تكن كالعبد المعتَق؛ لأن كَسْبها في هذه الحال للمولىٰ، فالمرتهن أَوْلىٰ به، ولا ترجع علىٰ المولىٰ بما أدَّتْه؛ لأنها أدَّتْه من مال المولىٰ.

وأما المعتَق فإنما لزمه الأقل؛ لأن كَسْبه لنفسه، وإنما يضمن الرقبة التي حصلت له، ثم يرجع به علىٰ المولىٰ؛ لأنه أدَّاه من ماله نفسه.

* ولا سعيَ علىٰ الولد؛ لأنه كان علوقاً يوم الدِّعوة[1]، لا قيمة له، فلم يدخل في الرهن.

مسألة : [ادِّعاء الراهِن ولدَ الأمةِ الرهن]

قال أبو جعفر : (وإن ادَّعىٰ الراهنُ الولدَ بعدَ ما وضعت، والراهِنُ مُعْسِر: قُسِم الدين علىٰ قيمة الأمة يوم الرهن، وعلىٰ قيمة الولد يوم الدِّعوة، فما أصاب الأمة: سعت فيه، بالغاً ما بلغ للمرتهن، فيكون رهناً فيه، ولا تَرجع به علىٰ مولاها.

وما أصاب الولد: سعىٰ في الأقل منه ومِن قيمته، ثم يرجع بذلك علىٰ

(١) الدِّعوة بالكسر: الادعاء في النسب، كما في القاموس المحيط (دعا).

الراهِنِ، وقَبَضَ المرتهنُ ما سعىٰ فيه الولد من دَيْنه، ورَجَعَ ببقية دينه أيضاً علىٰ الراهن).

وذلك لأن الولد دَخَل في الرهن بعد الولادة، فصار مع الأم، بمنزلة عبدٍ وأمة رُهِنَا جميعاً، ثم أَعْتَقَ الراهِنُ العبدَ، وادَّعىٰ أن الأمة أمَّ ولد له، فيسعىٰ العبد في الأقل، ويرجع به عليه، وتسعىٰ هي في جميع حصتها علىٰ ما بيَّنَّا.

[مسألة :]

قال : (وتدبيرُ الأمة الرهن، بمنزلة دعوىٰ الاستيلاد).

لأن كَسْبَها للمولىٰ.

مسألة :

قال : (وتجوز الزيادة في الرهن).

قال أحمد : كان القياس عندهم أن لا تجوز؛ لأن فيها تحويل ضمان بعض الرهن إلىٰ الزيادة، وذلك الضمان لا يرتفع إلا بارتفاع السبب الموجِب له، وهو القبض، والقبضُ باقٍ لم يرتفع، فهذا هو القياس، إلا أنهم تركوا القياس؛ لأن الزيادة تلحق العقد، وتصير كأنها كانت موجودة فيه، فكأنه رَهَنَهُما معاً.

ولا يجوز اعتبار الزيادة علىٰ حيالها كأنها رهن مبتدأ، ألا ترىٰ أن مَن اشترىٰ عبداً بألف درهم، ثم إن البيِّع زاده عبداً آخر، ودَخَل في العقد بحصة الألف من الثمن، كأنه كان موجوداً فيه، ولو اعتُبر حكمه علىٰ جهة ابتداء العقد عليه لما صح؛ لأن عقد البيع لا يجوز بالحصة.

مسألة : [حكم الزيادة في الدَّيْن]

(وقال أبو حنيفة ومحمد: لا تجوز الزيادة في الدَّين، وتجوز في قول أبي يوسف).

لأبي حنيفة: أن الزيادة في الدَّيْن لو جازت، ولحقت العقد كأنها كانت موجودة فيه، لما صحت علىٰ الوجه الذي أوقع الزيادة؛ لأنه لو قال في حال العقد: قد رهنتُك هذا العبدَ نصفه بخمس مائة، ونصفه الآخر بخمس مائة، لما صح ذلك، كذلك الدَّيْن لما كان مسمًّىٰ في العقد علىٰ حياله، والزيادة مسمَّاة علىٰ حيالها، لم يصح العقد.

وليس كذلك الزيادة في الرهن؛ لأن ابتداء الرهن عليهما علىٰ هذا الوجه جائز.

وأجازها أبو يوسف، كأن جملة الدين كانت موجودة وقت العقد.

مسألة : [جناية العبد المرهون]

قال: (وإذا جَنَىٰ العبدُ المرهَن، فإن فَدَاه المرتهن، كان متطوِّعاً).

لأنه أصلحَ به رَهْنَه، وجنايتُه مضمونة عليه في مقدار المضمون؛ لأن العبد مضمون في يده.

وإن دُفِعَ بها برضا الراهن، بطَلَ الدين؛ لأنه استُحِقَّ بجناية كانت في يد المرتهن، كالعبد المغصوب إذا جنىٰ في يد الغاصب، فدُفِعَ بها، ضمن الغاصب قيمتَه، كأنه هلك في يده، كذلك العبد المدفوع بالجناية، كأنه هلك في يد المرتهن.

* **قال :** (وإن فَدَاه الراهِنُ: أخذه، وبطل الدين).

لأن ضمانه علىٰ المرتهن.

* (وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين، كان بمقدار المضمون علىٰ المرتهن، وبمقدار الأمانة علىٰ الراهِن).

لأن المضمون منه كالغصب، والأمانة منه كالوديعة.

[مسألة :]

(وما جُنِيَ علىٰ العبد: فالخصم فيه المرتهن).

لأنه أحق بإمساكه وردِّه إلىٰ يده.

مسألة : [نماء الرهن]

قال : (والولد وسائر النَّماء الحادث من الرهن داخلٌ في الرهن).

لأن حق المرتهن ثابت في الرقبة، مستقرٌّ فيها، فيَسْري ذلك الحق في الولد، كما يسري في حق الكتابة، والتدبير، والاستيلاد في الأولاد.

فإن قيل: فلِمَ لا يَسْري حق ولي الجناية في ولد الجانية، لثبوت حقه في الرقبة في حال الولادة.

قيل له: ليست الجناية حقاً مستقرّاً في الرقبة، وإنما توجِب الجنايةُ أحدَ شيئين: إما الدفع، وإما الفداء، فلم يستقر الحق بنفس الجناية في الرقبة، فلذلك لم يَسْرِ في الولد.

مسألة : [هلاك نماء الرهن]

قال : (وإن هلك النماء الحادث في يد المرتهن: هَلَكَ بغير شيء).

لأنه دَخَلَ في العقد علىٰ وجه البيع، كولد المبيعة الحادث في يد البيِّع، يدخل في البيع تَبَعاً، ولا يسقط بهلاكه شيء من الثمن، كذلك ولد الرهن.

مسألة : [هلاك الأصل وبقاء النماء]

قال : (وإن هلك الأصل، وبقي النماء: هلك بحصته).

كالمبيعة إذا هلكت في يد البيِّع، وبقي الولد.

مسألة : [تقدير قيمة الهالك]

قال : (وتعتبر قيمة الولد يوم الفِكَاك، وقيمة الأصل يوم العقد).

كما تعتبر قيمة المبيعة يوم العقد، وقيمة الولد يوم القبض فيما ينقسم عليه الثمن.

وإنما كان هذا هكذا، من قِبَل أن الولد ليس بمضمون، ولا يثبت له حكمٌ في الرهن إلا عند الفكاك، وفي البيع إلا عند القبض، فلذلك اعتبر قيمتها علىٰ ما وصفنا.

مسألة :

قال : (والقول قول الراهِن في مقدار الدين).

لأن الأصل أنه بريء الذمة من حق الغير، فلا يلزمه إلا مقدار ما اعترف به، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المدعىٰ عليه»[١].

ولأنه لو أنكر الدين رأساً والرهن، كان القول قوله، كذلك يُرجع إلىٰ قوله في مقدار ما اعتَرَفَ به.

---

(١) تقدم.

مسألة : [اعتبار قول المرتهن في قيمة الرهن]

قال : (والقول قول المرتهن في قيمة الرهن، إذا هلك في يده).

لأنهما إذا اختلفا في مقدار ما استوفاه، فالقول قوله فيه.

كما لو اختلفا في مقدار ما قضاه من غير رهن، كان القول قول الطالِب؛ لأن الأصل بقاء الدين الذي عُلِمَ وجوبه، فالقول قوله في مقدار ما برئت منه ذمته.

والأصل في جميع ذلك: أن كل مَن اعتصم بالظاهر: فالقول قوله، ومَن ادعىٰ خلاف الظاهر: فعليه البينة.

وإن شئت قلتَ: إن مَن ادَّعىٰ أمراً حادِثاً: فهو المدعي، وعليه البينة، ومَن أنكره: فهو المدَّعَىٰ عليه، والقول قوله مع يمينه.

* * * * *



كتاب المداينات

مسألة : [البائع أسوة الغرماء لو أفلس المشتري]

قال أبو جعفر : (وإذا أفلس المشتري، أو مات وقد قبض المبيع: فالبيِّع أسوة الغُرَماء، ولا يكون أحق بالمبيع من سائرهم).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾[1].

ودلالة هذه الآية علىٰ ما قلنا من وجهين:

أحدهما: أنه أباح للمشتري الأكلَ والتصرُّفَ فيه، موسِراً كان أو معسِراً.

الثاني: أنه مَنَعَ البيِّع أخذه إلا برضا المشتري، وقال النبي عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبٍ من نفسه»[2].

وأيضاً: فلما سلَّمَه إلىٰ المشتري، فقد رضي بإسقاط حقه من عَيْنه، فلا فَرْق بينه وبين غيره؛ لأن ثمنه في ذمة المشتري، لا في العين، فكان كسائر الغرماء.

---

(١) النساء: ٢٩.

(٢) تقدم.

ونظيره المرتهن إذا رضي بردِّ الرهن إلىٰ الراهِن، فيكون هو وسائر الغرماء فيه سواء.

وما روي في حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَنْ وَجَدَ متاعَه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به من سائر الغرماء»[١].

فإنه محمولٌ عندنا علىٰ حقيقة اللفظ، وهو أن يكون وَجَدَ ملكه في يد غيره وديعةً، أو مضاربةً، أو نحوها، فيكون أحق به، ولا يجوز أن يُحْمَل علىٰ مَن باع متاعاً، فوجده في يد مشتريه وقد أفلس؛ لأن هذا وَجَدَ متاعَ غيره، ولم يجد متاعه.

ويحتمل أن يكون معناه: ما روىٰ سَمُرَة بن جُنْدُب عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَنْ وَجَدَ متاعَه عند رجل قد اشتراه، فهو أحق به، ويَرجع المشتري علىٰ البيِّع بالثمن»[٢].

فإن قيل: روي في حديث أبي هريرة هذه القصة في البَيِّع.

قيل له: إن صحَّ: احتمل أن يكون معناه؛ أن المشتري قَبَضَه بغير إذن البيِّع وهو مفلس لا يقدر علىٰ الثمن، فيكون البيِّع أَولىٰ بردِّه إلىٰ يده حتىٰ يقضيَ الثمن، أو تباع له دون سائر الغرماء.

---

(١) صحيح البخاري ٥/٦٢، صحيح مسلم ٣/١١٩٤.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٦٥ عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، وقد بيَّن العيني في شرحه نخب الأفكار ٧/ لوحة/ ٢٣٤ أن في سنده مَن فيه مقال، وقال: أخرجه الطبراني من طريق آخر، والقسم الأول من الحديث: «فهو أحق به»: هو في الصحيحين كما تقدم.

وأيضاً: أصل الحديث ما ذُكِر في الخبر الأول: «مَنْ وَجَدَ متاعه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به».

ومَن ذكر البَيْع من الرواة، فجائز أن يكون حَمَلَه علىٰ المعنىٰ عنده، وترك نَقْلَ اللفظ علىٰ وجهه، إذ كان من الرواة مَن يرىٰ نَقْل المعنىٰ دون اللفظ.

وأيضاً: يحتمل أن يكون الحديث فيمَن اشترىٰ سلعة في مرضه بحضرة الشهود، وقبضها، ثم أقرَّ بدَيْن في مرضه، فيكون صاحبُ السلعة أَوْلىٰ بها بعد الموت من غرماء المرض الذين أقرَّ لهم.

فإن قيل: رُوي في بعض ألفاظه: «فإن كان قد قَبَضَ بعضَ الثمن، فهو أسوة الغرماء»[1].

قيل له: مخالفُنا لا يقول بذلك، ولو ثبتت الرواية: لم تدل علىٰ أنه من قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم، لجواز أن يكون من قول بعض الرواة، أدرجه في الحديث.

وعلىٰ أنه قد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم خلاف ذلك.

---

(١) سنن أبي داود ٣/٧٩٢، الموطأ ٢/٦٨٧، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٣٩: «حديث مرسل، ووصله أبو داود من طريق أخرىٰ، وفيها: إسماعيل بن عياش، إلا أنه رواه عن الزبيدي وهو شامي، قال أبو داود: المرسل أصح، وقال البيهقي: لا يصح وصله، ووَصَله عبد الرزاق في مصنفه عن مالك، وفي التمهيد: أن بعض أصحاب مالك وصله». اهـ باختصار، وقد بيَّن ابن القيم في شرح مختصر سنن أبي داود ٥/١٧٦ أن الحديث موصول وصحيح.

حدثنا محمد بن أبي حفص المدني[1] قال: حدثنا أبو جعفر محمد بن عبيد الله بن إلياس الحافظ قال: حدثنا واقد بن موسىٰ قال: حدثنا عَبْدة بن سليمان المَرْوَزِي قال: حدثنا أبو عِصْمة نوح بن أبي مريم عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «إذا أفلس الرجل، فوجَدَ رجلٌ متاعَه عنده، فهو بين غرمائه»[2].

وحدثنا محمد بن أبي حفص قال: حدثني عبد الله بن إسحاق الأَنْمَاطي أبو محمد قال: حدثنا عبيد[3] بن شريك قال: حدثنا هشام بن عمار قال: حدثنا صدقة بن خالد عن عمرو بن قيس عن ابن أبي مُلَيْكة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن باع بيعاً، فوجده بعينه وقد أفلس الرجل، فهو بين غرمائه»[4].

وعلىٰ أنه قد روي في خبر أبي هريرة الذي ذهب إليه مخالفُنا الفرق بين حال الحياة والموت.

وهو ما حدثنا محمد بن بكر البصري قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا محمد بن عوف الطائي قال: حدثنا عبد الله بن عبد الجبار الخَبَائري قال: حدثنا إسماعيل بن عياش عن الزُّبَيْدي، ـ قال أبو داود: وهو محمد بن الوليد أبو الهُذَيْل الحِمصي ـ عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن

---

(١) وفي نسخة الإتقاني: محمد بن عمر الجعابي.

(٢) ينظر لهذه الروايات فتح الباري ٥/٦٣.

(٣) في المغربية: عبد الله.

(٤) ينظر لهذه الروايات فتح الباري ٥/٦٣.

أبي هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال:

«أَيُّما رجلٍ باع متاعاً، فأفلس الذي ابتاعه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجد متاعَه بعينه، فهو أحق به، وإن مات المشتري، فصاحب المتاع أسوة الغرماء.

قال: فإن كان قضاه من ثمنها شيئاً، فما بقي فهو أسوة الغرماء»[١].

ففرَّق في هذا الخبر بين الموت والحياة، وبين أن يكون قَبَض مِن ثمنها شيئاً، أو لم يكن قبض، ومخالفُنا قد تَركه وسوَّىٰ بين حال الموت والحياة.

فإن قيل: لما كان ذلك عقد معاوضة، أوجب علىٰ كل واحد منهما تسليم ما أوجب ملكه لصاحبه، ثم بطلت ذمة المشتري بالموت، وصارت رقبة معيبة بالإفلاس: أوجَبَ أن يكون للبيِّع الرجوع في عين المبيع، وفَسْخ البيع فيه؛ لأن الثمن قد صار معيباً قبل القبض، كما لو حَدَث بالمبيع عيب قبل القبض، كان للمشتري الخيار في فسخ البيع.

وكما قلتم في الحوالة: متىٰ مات المُحتال عليه مفلساً، كان للمُحْتَال الرجوع علىٰ المُحِيل؛ لأنه شُرِط في صحة الحوالة سلامة المال الذي أحال به له من جهة المحال عليه، فلما لم يسلم له: كان له الرجوع علىٰ المحيل، كذلك يلزمكم مثله في البيِّع إذا أفلس المشتري أو مات.

قيل له: أما سؤالك الإفلاس، فساقط علىٰ مذهب أبي حنيفة رحمه

(١) سنن أبي داود ٣/٧٩٣.

الله؛ لأنه لا يرىٰ الإفلاس شيئاً، ولا يوجب به لمحتالٍ الرجوع علىٰ المحيل[1].

وأما موت المشتري مفلساً، فمخالفٌ للعيب الحادث بالسلعة قبل القبض؛ لأنه لو كان كذلك لوجب أن يكون موته موجباً لانتقاض البيع، وعَوْد الشيء إلىٰ ملك البيِّع، لبطلان الذمة التي كان فيها الثمن، كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض، فلما لم يوجِب أحدٌ انتقاض البيع بموت المشتري مفلساً، عَلِمْنا أن موت المشتري لم يوجب عيباً في الثمن.

وأيضاً: فإن البيِّع قد كان ثبت له حق الحبس بنفس العقد، ليكون أحق به بعد الموت من سائر الغرماء، فلما سلَّمه، أسقط هذا الحق، فاستوىٰ هو وغيره فيه، كالمرتهن إذا رضي برد الرهن علىٰ الراهن، يكون وسائر الغرماء فيه سواء، وكذلك مسألة الحوالة، لا يلزم علىٰ هذا، مِن قِبَل أن البيِّع قد أسقط حقه الذي أوجبه له العقد بتسليمه، فلا سبيل له إلىٰ فسخه.

وأما مسألة الحوالة، فلم يتعلق بها حق أوجبه له العقد فأسقطه، وإنما أحال بالمال علىٰ أن يسلِّم له، ولم يجعل له قبض شيء قد كان حقه متعلقاً به، فلما لم يسلم له، رجع بالمال علىٰ المحيل.

ثم يقال لمخالفنا: فهلاَّ أوجبتَ الرجوع في الحوالة بموت المحال عليه وإفلاسه، قياساً علىٰ البيع، فمِن حيث لم يلزمك مسألة الحوالة علىٰ أصلك في البيع، كذلك لا يلزمنا مسألة البيع علىٰ الحوالة، فقد سقط هذا السؤال من هذا الوجه؛ لأن كل سؤال يرجع علىٰ سائله من حيث يريد

(١) مختصر القدوري مع اللباب ١٦١/٢.

إلزامه خصمَه، فهو ساقط من أصله.

مسألة : [حَبْس المَدِين بطلب الغرماء]

قال أبو جعفر : (وإن سأل الغرماءُ القاضي حبسَ المطلوب بدَيْنهم، وقد ثَبَتَ عنده: فَعَلَ ذلك به).

قال أحمد : «روي عن الحسن أن ناساً من أهل الحجاز اقْتَتلوا، فقَتَلُوا بينهم قتيلاً، فَبَعَث إليهم رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم فَحَبَسَهم»(١).

«وروىٰ بَهْز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم حَبَس رجلاً في تُهَمة»(٢).

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَطْلُ الغنيِّ ظُلْم»(٣).

فإذا استحق الحبس في التُّهمة، فبالظلم أَحْرَىٰ أن يستحقه.

«وحَبَسَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بني قُرَيْظة لما نزلوا علىٰ حُكْم سعد بن معاذ رضي الله عنه، ثم قَتَلَهم»(٤).

وروىٰ أبو مِجْلَز «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم حَبَسَ رجلاً أعتق

---

(١) المراسيل لأبي داود ص٢٩٢، ومن طريقه البيهقي في سننه ١٣٠/٨.

(٢) سنن الترمذي ٢٨/٤، وقال: حديث حسن، سنن النسائي ٦٧/٨، سنن أبي داود ٤٦/٤، المستدرك ١٠٢/٤، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وينظر نصب الراية ٣١٠/٣.

(٣) صحيح البخاري ٤٦٤/٤، صحيح مسلم ١١٩٧/٣.

(٤) نقل الحافظ ابن حجر في الفتح ٤١٤/٧ عن ابن إسحاق حَبْس بني قريظة، ثم قَتْلهم.

شِقْصاً له في مملوك، حتىٰ باع غُنَيْمةً له»[١].

ورُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «ليُّ الواجدِ يُحِلُّ عِرْضَه، وعقوبَتَه»[٢].

ومعلوم أنه لم يُرِد الضرب، فثبت أنها الحبس[٣].

ورُوي الحبس في الدَّيْن عن علي رضي الله عنه، وعن جماعة من السلف[٤].

مسألة: [بيعُ مالِ المَدين]

قال أبو جعفر: (فإن سألوه بيعَ ماله، لم يَبِعْه إلا الدراهم بالدنانير، أو الدنانير بالدراهم في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يبيعُ العروض، وكلَّ شيء).

لأبي حنيفة: قولُ الله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٥].

---

(١) سنن البيهقي ٦/٤٨-٤٩، وقال: حديث مرسل، ورواه من وجه آخر وقال: فيه الحسن بن عمارة، وهو ضعيف. اهـ.

(٢) سنن أبي داود ٤/٤٥، سنن النسائي ٧/٣١٦، سنن ابن ماجه ٢/٨١١، قال ابن حجر في الفتح ٥/٦٢: «إسناده حسن».

(٣) فسره بالحبس سفيان الثوري وغيره، كما في الفتح لابن حجر ٥/٦٢، سنن البيهقي ٦/٥١.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٨/٣٠٦.

(٥) النساء: ٢٩.

وقولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يَحِلُّ مال امرئ مسلمٍ إلا بطِيبةٍ من نفسه»[١].

ولما «رُوي أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم حَبَس رجلاً أعتق شِقْصاً له في عبد حتىٰ باع غُنَيْمَةَ له»[٢].

ولو جاز أن تباع عليه، لباعها النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ولم يُجبره علىٰ البيع بالحبس.

* وما «روي أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم باع علىٰ معاذٍ مالَه»[٣]: فإنَّ معناه عندنا أنه أَمَرَه بالبيع.

وجائز أن يقال: باع عليه، إذا أمره بالبيع، كما روي في حديث سُوَيْد ابن المُقَرِّن، «أنه كانت له جارية، فَلَطَمَها أحدُهم، فقال في بعض ألفاظ الحديث: فأمَرَهم النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بعِتْقها»[٤].

وفي بعضها: «فأعتقها النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم»[٥]، فأضاف العِتْق

---

(١) تقدم.

(٢) سنن أبي داود ٤/٤٥، سنن النسائي ٧/٣١٦، سنن ابن ماجه ٢/٨١١، قال ابن حجر في الفتح ٥/٦٢: «إسناده حسن».

(٣) المستدرك ٢/٥٨، ٣/٢٧٣، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، البيهقي ٦/٤٨، الدارقطني ٤/٢٣١، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٣٧: «رواه أبو داود في المراسيل من حديث عبد الرزاق مرسلاً، قال عبد الحق: المرسل أصح من المتصل، وقال ابن الطلاع في الأحكام: هو حديث ثابت».اهـ

(٤) صحيح مسلم ٣/١٢٧٩.

(٥) سنن ابن ماجه ٢/٨٩٤، مسند أحمد ٢/١٨٢ ولكن في قصة عبده، قال =

إليه، إذ كان بأمره.

وكقول الله عز وجل: ﴿ إِنَّ فِرْعَوْنَ عَلَا فِي الْأَرْضِ وَجَعَلَ أَهْلَهَا شِيَعًا يَسْتَضْعِفُ طَائِفَةً مِّنْهُمْ يُذَبِّحُ أَبْنَاءَهُمْ ﴾[1]، ومعلوم أنه لم يكن يلي ذلك بنفسه، وإنما كان يأمر به.

ولا يحتمل حديث معاذ غيرَ ما وصفنا، من قِبَل أن أحداً لا يرىٰ البيعَ علىٰ الغريم، إلا في حال امتناعه من البيع، وقضاء الدين، ولا جائز أن يكون معاذٌ ممتنعاً من قضاء الدين، وبَيْعِ ماله مع إلزام النبي صلىٰ الله عليه وسلم إياه ذلك، فعُلِمَ أن معنىٰ الخبر، أنه أَمَرَه بالبيع.

* ووجهٌ آخر للمسألة وهو أن نقول: الغريم[2] لما كان جائز التصرف في ماله، ولم يستفد الولاية من ماله، والتصرف فيه من جهة القاضي، وَجَبَ ألا يجوز تصرف القاضي عليه بالبيع؛ لأن تصرف الإنسان إنما

ابن حجر في الإصابة ١/٥٥١: «رواه ابن منده من طريق المثنىٰ بن الصباح، وروىٰ البغوي من طريق عبد الله بن سندر، وروىٰ ابن ماجه القصة من حديث زنباع نفسه بسند ضعيف» اهـ، وفي تهذيب التهذيب ٣/٣٤٥: ولحديثه شاهد. اهـ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/٢٣٩: «رواه البزار والطبراني، وفيه عبد الله بن سندر، ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات» اهـ، وقد سكت ابن أبي حاتم عن عبد الله بن سندر، كما في الجرح والتعديل ٥/٦٤.

(١) القصص: ٤.

(٢) أراد بالغريم هنا المطلوب، أي الذي عليه الدين، وهو يطلق في اللغة علىٰ الذي عليه الدين، والذي له، كما تقدم في كلام المؤلف، وينظر: مختار الصحاح (غرم).

يجوز علىٰ غيره إذا كان الغير استفاد جواز تصرُّفه من جهة أمره، كالصبي المأذون له، والعبد المأذون له، فأما مَن كان جائزَ التصرف علىٰ نفسه، ولم يستفدْه من جهة غيره، فهذا لا يجوز تصرُّف الغير عليه، قياساً علىٰ الأحرار البالغين، الذين لا حقَّ عليهم لأحد.

* وهذا القياس في الدراهم والدنانير، إلا أن أبا حنيفة استحسن فيهما، فأجاز للقاضي بيعَ أحدهما بالآخر، وذلك لأنهما في كثيرٍ من الأحكام كالشيء الواحد، وبهما تُقَوَّم المستهلكات، إن شاء بالدراهم، وإن شاء بالدنانير، وأن كل واحد منهما ينوب عن صاحبه في الزكاة.

وقد اتفق أصحابنا علىٰ أن المضارِب يشتري بالعروض ما شاء بعد موت رب المال، ولو كان في يده دراهم، ورأس المال دنانير: لم يكن له أن يصرفها إلا في رأس المال.

* (وأبو يوسف ومحمد يبيعان العروض وغيرها في الدَّيْن).

لما روي في قصة معاذ[1].

مسألة: [بيع القاضي أموالَ المطلوب بموته]

قال أبو جعفر: (وإن مات المطلوبُ: باع لهم القاضي جميعَ ذلك، في قولهم جميعاً للغرماء، والعهدة فيه علىٰ الغرماء، دون الورثة).

وذلك لأن ولاية الميت قد زالت عن نفسه بالموت، فجاز تصرف القاضي عليه، كالصغير، والمعتوه، وسائر مَن لا ولاية له في ماله.

وتكون العهدة علىٰ الغرماء؛ لأن البيع وقع لهم، كرجل أَمَرَ رجلاً

---

(١) المتقدمة قريباً.

ببيع عبده، فباعه ثم استُحِقَّ، فإن ضمان الثمن علىٰ الآمر إذا لحقه دَرَك[١].

ولا ضمان علىٰ القاضي في ذلك، لأنه تصرَّفَ فيه من جهة الحُكْم، وما تَصرَّف فيه القاضي من طريق الحكم، لا يلحقه فيه ضمان؛ لأنه لو لَحِقَه فيه ضمان، لكان خصماً فيه، وكونه خصماً فيه يَمنع جواز حكمه؛ لأن حُكْمه لا يجوز فيما يكون خصماً فيه.

مسألة : [الدين الآجل يَحِل بموت المدين]

قال أبو جعفر : (ومَن مات وعليه دَين إلىٰ أجل: فقد حلَّ دَيْنه).

وذلك لأن مال الميت لا يخلو من أن يكون محبوساً علىٰ الدين، ممنوعاً منه الوارث، أو يكون للوارث تصرف فيه إلىٰ وقت حلول الدين، فإن سلَّمْنَاه إلىٰ الوارث، كان ذلك خلاف الكتاب؛ لأن الله تعالىٰ جَعَلَ الميراث بعد الدين بقوله: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖ﴾[٢].

وإن حَبَسْنَاه علىٰ الدَّيْن، ومَنَعْنَاه الورثة، لم يكن في حَبْسه حق لأحد، والأجل إذا لم يكن حقاً لأحدٍ: سَقَطَ، فوجب أن يحلَّ الدَّيْن.

---

(١) ضمان الدَرَك: هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، كما في شرح الإسبيجابي ١/ لوحة/ ٢٢٦، وينظر طلبة الطلبة ص٢٩٣ (كتاب الكفالة)، وسمِّي دَرَكاً: لالتزامه الغرامة عند إدراكه المستَحِق عينَ ماله، كما في تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص٢٠٤.

(٢) النساء: ١٢.

فصل : [يُطلَق المطلوب إذا ثبت فقره، وتجوز ملازمته]

قال أبو جعفر : (ومَن ثبت عند القاضي عُدْمُه[1] بعد حَبْسه إياه: أطلقه، ولم يَحُلْ بينه وبين غرمائه، وبين لزومه).

وإنما قال: يطلقه؛ لأن الحبس عقوبة علىٰ مَنْع الدين عند إمكان الأداء، فإذا لم يُمكنه الأداء، لم يستحق العقوبة.

وأيضاً: قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[2]، فأمَر بإنظاره، فلا يجوز للقاضي حبسه، مع أمر الله بإنظاره.

* وأيضاً: لم يَحُل بينه وبين لزومه؛ لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لصاحب الحقِّ اليدُ واللسان»[3].

فقيل في معنىٰ اليد: أنه اللزوم، واللسان: التقاضي والمطالبة[4].

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَنْ أَنْظَرَ معسِراً، أو وَضَعَ عنه: أظلَّه الله عز وجل في ظِلِّ عرشه»[5].

فجعل الإنظار إليه، فدلَّ أنه لا يكون مُنْظَراً حتىٰ يُنظره، وإلا فله

---

(١) العُدْم: بوزن القُفْل: هو الفقر، كما في مختار الصحاح (عدم).

(٢) من سورة البقرة، آية رقم/ ٢٨٠.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/٦٢ بلفظ: «إن لصاحب الحق مقالاً»، وأخرجه بلفظ المؤلف مرسلاً الدارقطني ٤/٢٣٢، وابن عدي في الكامل، كما في نصب الراية ٤/١٦٦.

(٤) غريب الحديث لأبي عبيد ٢/١٧٥، النهاية لابن الأثير ٤/٢٤٨.

(٥) صحيح مسلم ٤/٢٣٠٢.

لزومه، كما له أن لا يَضَع عنه، ولو لم يكن له لزومه: لكان[١] مُنْظَراً.

مسألة: [حَبْس المدين وإن ادَّعىٰ الإعسار]

قال أبو جعفر: (وإذا ادَّعىٰ الغريمُ إعساراً، لم يصدَّق، وحُبِسَ).

وذلك لأن دخوله في السبب الملزِم له الدين اعترافٌ منه بلزوم أدائه[٢]، فلا يصدَّق علىٰ سقوطه بما يدّعيه من الإعسار.

* **قال أبو جعفر**: (ثم يسألُ القاضي عنه بعد أن يمضيَ له في حَبْسه شهر).

قال أحمد: روىٰ محمد عنهم شهرَيْن أو ثلاثة، وقال محمد عن نفسه: ما بين أربعة أشهر إلىٰ ستة أشهر، ثم يسأل عنه.

* وإنما حَبَسَه بَدْءاً، ولم يسأل عنه؛ لأن في حَبْسه اختبارَ حاله في الظاهر في يساره وإعساره، وفي الغالب أن عِلْمَه يظهر في مثل هذه المدة، وتوقيتُ المدة اجتهاد.

وجائز أن يكون له مالٌ مخبوءٌ لا يقف الناس عليه، فإذا حبَسَه مدةً ما، يَظهر أمره في العادة، ويُلجئه الضجرُ بالحبس إلىٰ إخراجه.

فإذا لم يظهر ذلك، سأل عنه، فإن وقف علىٰ أن لا مال له: أطلقه.

مسألة: [بيع أموال المدين لقضاء الدين منها]

قال: (وإن كانت عليه ديون عاجلة وآجلة، فأَمَرَه القاضي ببيع ماله، فإنه يقضي أصحابَ الديون العاجلة ديونهم، فإذا حلَّت الديون الآجلة:

---

(١) كما في الأصل والمغربية، وصحح المقابل عمر بن البابا: (لم يكن منظراً).

(٢) وينظر أحكام القرآن للمصنف ١/٤٧٥.

دخلوا مع الذين اقتَضَوْا ديونهم، فحاصَصُوْهُم)[١].

وذلك لأنه ليس لأصحاب الديون الآجلة حقُّ القبض في الحال، فيسلِّم المالَ إلىٰ أصحاب العاجل، فإذا حلَّ الأَجَلُ: شاركوهم، من قِبَل أن ديونهم كانت ثابتة وقت القضاء، وإنما كانت المطالبة بالقبض متأخرة، فإذا صحَّت المطالبة: ساوَوْهم.

قال أبو بكر أحمد: وهذا قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنهما يريان إثبات حق الغرماء في عين مال المطلوب بالإفلاس والحَجْر.

وأما علىٰ مذهب أبي حنيفة: فلا يدخل أصحاب الديون المؤجَّلة، مع مَن قبض دَيْنه قبل ذلك.

مسألة: [إقرار المدين المحبوس بدينٍ لغرماء آخرين]

قال أبو جعفر: (ومن حُبِسَ بدَيْنٍ عليه لقوم، ثم أقرَّ بدَيْنٍ لقوم آخرين، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يقولان في ذلك: إقراره جائز، يشاركُ مَن أقرَّ لهم أصحابَ الديون الأُولىٰ).

مسألة: [الحَجْر علىٰ المدين المحبوس]

قال: (وإن سألَ الغرماءُ الأولون القاضيَ - قبل إقرار غريمهم لغيرهم بدَيْن - الحَجْرَ علىٰ الغريم، ومَنْعَه الإقرارَ لغيرهم: لم يُجِبْهم إلىٰ ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يجيبهم إلىٰ ذلك، ويحجر علىٰ المطلوب، ويمنعه من الإقرار لغيرهم، ومِن صَرْف ماله في هبة، أو صدقة، حتىٰ يبرأ من الديون

---

(١) أي اقتسموا المال بينهم حصصاً، كما في المغرب ٢٠٧/١.

التي حَبَسَه فيها).

قال أحمد : أبو يوسف مع محمد، وذلك مشهورٌ من قوله، وأبو حنيفة وحده[١].

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله في إبطال الحَجْر علىٰ الحُرِّ: أن الحرَّ البالغ لم يستفد التصرف قبل الدَّيْن من جهة الغرماء، ولا من جهة القاضي، فلا يجوز حَجْره؛ لأن الحَجْر إنما يجوز من جهة مَن استُفيد التصرف من جهته، كحجر المولىٰ علىٰ العبد، والأبِ علىٰ ابنه الصغير، ونحوه.

وأيضاً: فإن الغريم يلزمه بإقراره حقوق الله عز وجل التي تُسقطها الشبهة، وهي الحدود، فلأنْ تلزمه حقوق العباد أَوْلىٰ، إذْ لَزِمَه ما سقط بالشبهة، فما لا يسقط بالشبهة أَوْلىٰ باللزوم، كسائر الأحرار البالغين من أهل التكليف.

فإن قيل: العبد المحجور عليه تلزمه الحدود بإقراره، ولا يلزمه المال.

قيل له: يلزمه ما يُقِرُّ به من المال في ذمته، وإنما لا نجيز إقراره علىٰ المولىٰ، لأنَّا لو أجزناه، أجزناه في ملك غيره، ولا يجوز إقراره في ملك الغير، وإنما يجوز علىٰ نفسه، ألا ترىٰ أنه إذا أُعْتِقَ، أُخِذَ به.

فإن قيل: المريض يجوز إقراره بالحدود، ولا يجوز إقراره في ماله مع غرماء الصحة، لأجل حقهم.

قيل له: من قِبَل أن تصرفه في المال معتبر به حال الموت.

---

(١) ومثله في شرح الإسبيجابي ١/ لوحة/ ٢١٧ب.

والدليل علىٰ ذلك: أن هبته من الثلث، وإن لم يكن عليه دَيْن، فصار إقراره في الحُكْم كأنه واقع في الحال التي لا يجوز تصرفه في المال، وهي حال الموت، وفي تلك الحال لا يصح منه إقرار بالحدود، ولا غيرها، فلم تلزم علىٰ الغريم[١].

* وجعله أبو يوسف ومحمد بعد حجر القاضي، بمنزلة مريض عليه دَيْن في الصحة.

مسألة: [النفقة من مال المحبوس علىٰ مَن يجب عليه الإنفاق عليه]

قال أبو جعفر: (ويُنْفَقُ في قول محمد من مال المحجور عليه المحبوس علىٰ مَن يجب عليه الإنفاق عليه).

وذلك لأن وجوبها لم يتعلق بقوله[٢]، فهي كنفقته علىٰ نفسه.

مسألة: [ليس لغريمٍ مدينٍ بدينٍ آجلٍ منعُه من السفر]

قال: (ومَن وَجَبَ عليه حقٌّ إلىٰ أجل، كان له السفر قبل حلوله، وليس لغريمه منعُه).

لأنه ليس له حق المطالبة في الحال، وليس له لزومه ولا حَبْسه، فلا سبيل له إلىٰ منعه.

* * * * *

(١) هكذا: (علىٰ الغريم): في المغربية، وفي نسخة الإتقاني: (يلزمه الغريم)، أما الأصل: (علىٰ العلة).

(٢) في الأصل: (عليه)، وأثبت ما في نسخة الإتقاني والمغربية.

كتاب الحَجْر

مسألة :

قال أبو جعفر : (وإذا بلغ الغلام رشيداً : دُفِعَ إليه ماله).

وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[1].

* **قال** : (وكذلك الجارية وإن لم تتزوج).

وذلك لأن عموم اللفظ ينتظمهما.

مسألة : [السنُّ التي يُدفع فيها المال إلىٰ اليتيم]

قال : (وإن بلغ واحدٌ منهما غيرَ رشيد، فإن أبا حنيفة قال: لا يُدْفَعُ إليه مالُه حتىٰ يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإذا كمَّلَها دُفِعَ إليه ماله، ولم يُنْظَرْ إلىٰ رُشْده بعد أن يكون صحيحاً في عقله.

وفي قول أبي يوسف: إذا لم يكن رشيداً: حُجِرَ عليه في ماله، فكان بمنزلة الصغير، إلا في التزويج، فإنه يجوز بمهر المثل، ويجوز عتقه عنده، ويسعىٰ العبدُ في قيمته، فيكون ذلك حاله حتىٰ يُؤنَس منه الرشد، والرشد عنده: الصلاح في المال، فإذا ثبت ذلك أُطْلِقَ عنه الحَجْر، وخُلِّيَ

(١) النساء: ٦.

بينه وبين ماله.

وقال محمد: إذا كان غيرَ رشيد، كان محجوراً عليه: حَجَرَ عليه القاضي، أو لم يَحْجُر، فإن عاد رشيداً زال عنه الحَجْر: أَطْلَق عنه القاضي أو لم يطلق.

وقوله في التزويج كقول أبي يوسف، وكذلك العتق، ثم رجع فقال: لا سعي علىٰ العبد المعتَق).

قال أحمد: أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يرىٰ الحَجْر علىٰ الحر البالغ المكلَّف بحال.

وأبو يوسف ومحمد يريان عليه من وجهين:

أحدهما: الدَّيْن والإفلاس، ولا خلاف بينهما أنه لا يصير محجوراً عليه في ذلك إلا بحَجْر الحاكم.

والآخر: الحَجْر من جهة السَّفَه، وتبذير المال.

واختلفا في حال وقوع الحَجْر، فقال أبو يوسف: لا يكون محجوراً عليه إلا بحكم الحاكم؛ لأن الحَجْر مختَلَف فيه، ولا يثبت أو يحكم[1] به الحاكم.

وقال محمد: يصير محجوراً عليه بنفس السَّفَه، بمنزلة المريض يصير محجوراً عليه في ماله بالمرض، من غير حكم الحاكم.

وأما حَجْر التفليس، فلا يثبت إلا بحكم الحاكم في قولهما جميعاً؛ لأنه لا يُعْلَم إفلاسه ولا يوقف عليه إلا بعد حبسه، واستبراء حاله زماناً،

(١) أي حتىٰ يحكم به الحاكم، وهذا التعبير سيتكرر عند المؤلف.

وذلك لا يحصل إلا بحكم الحاكم.

* **قال أحمد** : وأبو حنيفة رحمه الله يرىٰ جواز إقراره وبيعه وتصرفه بعد البلوغ، وإن لم يَدفع ماله إليه إلا بعد ما يصير له خمساً وعشرين سنة.

والحجة لأبي حنيفة في بطلان الحَجْر علىٰ الحر لأجل السفه: قولُ الله عز وجل: ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ ﴾[1].

فأثبت عليه حكم سعيه، وهو عامٌّ في جميع تصرفه وأفعاله.

ويدل علىٰ صحة قوله: قولُ الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾، ثم قال: ﴿فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾[2].

فأجاز مداينة السفيه والضعيف اللذَيْن لا يقومان بضبط الإملاء، ولو كان السَّفَهُ والضَّعْف عن معرفة التجارة، وحفظ المال موجِباً للحَجْر، لما جازت مداينتهما، ولكانا فيه بمنزلة الصبي والمجنون.

فلما أجاز الله تعالىٰ مداينَتَهما، مع وصفه لهما بالضعف والسفه، دلَّ علىٰ أن الضعف والسفه عن حفظ المال، ليس بعلَّةٍ في إيجاب الحَجْر.

وقوله عز وجل: ﴿ضَعِيفًا﴾: عمومٌ في جميع السفهاء المبذِّرين، والعاجزين عن حفظ المال.

فإن قيل: قوله: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾: يدل علىٰ الحَجْر؛ لأنه أجاز

(١) النجم: ٣٩-٤٠.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

إملاء الولي عليه بالعدل.

قيل له: ولمَ زعمتَ أنه أراد وليَّ السفيه، دون أن يكون المراد وليَّ الحق، وهو بذلك أَوْلىٰ؛ لأن الذي تجوز مداينته مِن الأحرار البالغين، لا يجوز تصرُّفُ أحدٍ عليه.

ويدل عليه قولُ الله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(١)]، فأباح أَكْلَ المال بتجارةٍ عن تراض، وهو عموم في السفيه وغيره.

ويدل عليه من جهة السنة: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا يحلُّ مال امرئ مسلمٍ إلا بطيبةٍ من نفسه»[(٢)].

فأباحه لغيره بطيبةٍ من نفسه، فانتظم ذلك السفيهَ وغيرَه.

ويدل عليه أيضاً: ما حدثنا محمد بن بَكْر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا محمد بن عبد الله الأَرُزِّي وأبو ثور المفتي قالا: حدثنا عبد الوهاب بن عطاء قال: أخبرني سعيد عن قتادة عن أنس «أن رجلاً علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم كان يبتاع، وفي عُقْدَته[(٣)] ضعف، فأتىٰ أهلُه نبيَّ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقالوا: يا رسول الله! احْجُر علىٰ فلان، فإنه يبتاع، وفي عُقْدته ضعف، فدعاه النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فنهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله! لا أصبر عن البيع، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه

---

(١) النساء: ٢٩.

(٢) تقدم.

(٣) العقدة: الرأي والنظر، النهاية لابن الأثير ٣/ ٢٧٠.

وسلم: إن كنتَ غيرَ تاركٍ البيعَ فقل: هاءَ وهاءَ[١]، ولا خِلابة[٢]»[٣].

فهذا الحديث يدل علىٰ بطلان الحَجْر علىٰ السفيه؛ لأن السَّفَه لو كان موجباً للحجر، لما أطلق له النبي صلىٰ الله عليه وسلم البيعَ حين قال الذي في عُقْدته ضعف: «لا أصبر عن البيع».

ألا ترىٰ أن سائر مَن يستحق الحَجْر، نحو الصبي، والمجنون لا يزول الحَجْر عنهم بأن لا يصبروا عن البيع، فثَبَتَ بذلك بطلان القول بالحَجْر، وأنَّ نهي النبي صلىٰ الله عليه وسلم إياه عن البيع، لم يكن علىٰ وجه الحَجْر، وإنما كان علىٰ جهة النظر له.

وروىٰ مالك عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر «أن رجلاً كان يُخْدَع في البيع، فقال له النبي صلىٰ الله عليه وسلم: إذا بعتَ فقل: لا خِلابة»[٤].

فكان يقول ذلك إذا بايع، فلم يَحْجُر عليه النبي عليه الصلاة والسلام، مع علمه بعَجْزه عن دَفْع الخيانة عن ماله، وقال له: اشْرُطْ: لا

---

(١) «هو أن يقول كل واحد من المتبايعين هاء، فيعطيه ما في يده، وقيل: معناه هاك وهات أي: خذ وأعط، قال الخطابي: أصحاب الحديث يروونه: ها وها، ساكنة الألف، والصواب: مدها وفتحها، لأن أصلها: وهاك: أي خذ، فحذفت الكاف وعوضت عنها المدة».اهـ جامع الأصول ٦٩/٢.

(٢) أي لا خداع، النهاية ٥٨/٢.

(٣) سنن أبي داود ٧٦٧/٣، سنن النسائي ٢٥٢/٧، وقال: حديث حسن صحيح غريب.

وأصل الحديث في صحيح البخاري ٣٣٧/٤، صحيح مسلم ١١٦٥/٣ بلفظ: «مَن بايعتَ فقل: لا خلابة»، بدون ذكر القصة.

(٤) تقدم.

خلابة، فدل علىٰ أن السفه والضعف عن حفظ المال لا يوجبان حجراً عليه.

وقد روي في قصة منقِذ بن عَمْرو مثل ذلك، رواه محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيىٰ بن حَبَّان «أن منقذ بن عمرو أصابته آمَّةٌ[١] في رأسه، فكُسِرَ لسانه، وغاب عنه عقله، وكان لا يدع مع ذلك التجارة، وكان يُغْبَن، فكان إذا باع بيعاً يقول: أنا بالخيار: إن رضيتُ أخذت، وإن سخطتُ رددت، فإن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم كان جَعَلَني بالخيار ثلاثاً»[٢].

ويدل علىٰ بطلان الحَجْر من جهة النظر: ما استدللنا به فيما سلف من جواز إقراره بالحدود، وإيقاع طلاقه، وذلك يدل علىٰ نفي الحَجْر، ولزوم أحكام أقواله، كسائر الأحرار البالغين.

وقد روي[٣] نحو قول أبي حنيفة في نفي الحَجْر عن إبراهيم[٤] ومحمد

---

(١) الآمَّة: هي المأمومة، وهي الشجة التي بلغت أم الرأس، وهي الجلدة التي تجمع الدماغ، كما في النهاية ١/٦٨.

(٢) سنن ابن ماجه ٢/٧٨٩، سنن الدارقطني ٣/٥٥، سنن البيهقي ٥/٢٧٣ قال البوصيري في زوائده: في إسناده محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وقد عنعنه. اهـ، لكن ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/٢٢٩ قال: ذكره البخاري في تاريخه بتصريح ابن إسحاق بالتحديث.اهـ، وينظر نصب الراية ٤/٦، والتلخيص الحبير ٣/٢١.

(٣) ينظر المحلىٰ ٨/٢٨٠.

(٤) إبراهيم بن يزيد النخعي، الإمام الحافظ، فقيه العراق، مات سنة ٩٦هـ، وله ٤٩ سنة، له ترجمة في سير الذهبي ٤/٥٢٠.

بن سيرين[١].

* وأما أبو يوسف ومحمد، فأجازا من عقوده: النكاح، والعتق، والطلاق، لأن جدَّ ذلك وهَزْلَه سواء، إلا أن الزيادة علىٰ مهر المثل الذي هو قيمة البُضْع لاَ تلزمه؛ لأن هذه الزيادة هو متبرِّعٌ بها، إذ ليس بإزائها شيء، كالمريض إذا تزوج بأكثر من مهر المثل، وكذلك العبد يسعىٰ في قيمته، كالمريض إذا عَتَق، وعليه دين.

فصل:

وأما منعُ ماله قبل الخمس والعشرين السنة، ودفعُه إليه بعدها، فإن أبا حنيفة ذَهَب فيه إلىٰ ظاهر قوله تعالىٰ: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[٢].

فلو خُلِّيْنا وموجَب اللفظ، لمَنَعْنَاه المالَ أبداً حتىٰ يُؤْنَس منه رشده، فلما قال تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾[٣]، وكانت: حتىٰ: غاية يقتضي أن يكون حُكْم ما بعدها بخلاف الذي يكون قبلها، تضمَّنَت الآيةُ وجوبَ دفع المال إليه، والامتناع من قُرْبه عند بلوغ أشدِّه، فكان ذلك مجموعاً إلىٰ الآية التي فيها ذكر إيناس الرشد، فصار تقديرهما بمجموعهما كأنه قال: فإن آنستم منهم رشداً، وبلغوا أشدَّهم،

(١) الإمام الفقيه، شيخ الإسلام، مولىٰ أنس بن مالك رضي الله عنه، توفي سنة ١١٠هـ، له ترجمة في السير ٤/٦٠٦.

(٢) النساء: ٦.

(٣) الأنعام: ١٥٢، الإسراء: ٣٤.

فادْفَعُوا إليهم أموالَهم.

فاقتضت الآيتان بمجموعهما حكمين:

أحدهما: مَنْعه المالَ قبل بلوغ الأشد إذا لم يُؤنس منه رشد.

والثاني: دفع المال إليه بعد بلوغ الأشد، وإن لم يؤنس منه رشد.

ثم الكلام في معنىٰ بلوغ الأشد، ومعرفة مقداره مسألة أخرىٰ غيرها، وسنذكرها بعد الفراغ من هذا الفصل[1].

وليس في منعه المال حَجْر عليه، إذ قد يجوز أن يُمْنَعَ الإنسان من ماله لأسباب توجبه، ولا يوجب ذلك أن يكون محجوراً عليه، مثل الراهن ممنوع من الرهن، والمؤاجِر ممنوع مما آجر، وليسا محجوراً عليهما.

* وأما القول في المقدار الذي إذا بلغه الإنسان كان بالغاً أشدَّه، فإن طريقه الاجتهاد، وعليه الرأي، ولا سبيل لنا فيما كان سبيله ما وَصَفْنا من المقادير إلا الاجتهاد، أو التوقيف، وذلك لأنه فَصْلٌ بين حدِّ الكِبَر وحال الحَدَاثة.

ولا يتوجه علىٰ القائل بشيء منه سؤال، كتقويم المستهلَكات، ونفقات الزوجات، ونحوها من المقادير التي طريقها الاجتهاد إذا عَدِمنا فيها التوقيف، ولا سبيل إلىٰ إثباتها إلا من طريق القياس، ولا يمكن إقامة الدليل عليه إذا كان طريقها الاجتهاد، إلا أنه وإن كان حاله ما وصفنا، فلا بدَّ من ذِكْر جهةٍ تغلِّب في النفس إثباتَ هذا المقدار بعينه دون غيره من المقادير، فنقول:

---

(١) ستأتي بعد قليل.

إنه قد قيل في بلوغ الأشد: إنه ثماني عشر سنة، وقيل: اثنتان وعشرون سنة، وقيل: خمس وعشرون سنة.

وقال الله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ وَبَلَغَ أَرۡبَعِينَ سَنَةً﴾[١]، فلما اتفق الجميع علىٰ سقوط اعتبار الأربعين سنة في جواز دَفْع المال إليه، لم يَعتَبِرْها[٢]، وبقي الكلام فيما عداها من المقادير التي ذكرنا، فكان عنده أن مَن بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ هذا الحد، وخرج مِن حدِّ الحداثة إلىٰ حدِّ الكِبَر.

وذلك لأن مثله قد يكون جَدّاً؛ لأن أقل بلوغ الرجال في اثني عشرة سنة، وأقلَّ الحَمْل ستة أشهر، فقد يولَد له وله اثنا عشر سنة ونصف، ثم يولَد لولده مثل ذلك المقدار، فيكون هذا جَدّاً في خمسٍ وعشرين سنة، ومحالٌ أن يكون جَدّاً وهو في سنِّ حدِّ الصغر والحداثة، فلذلك كان اعتبار الخمس والعشرين أَوْلىٰ في دخوله في حد الكِبَر، وبلوغ الأشدِّ، وبالله التوفيق.

* * * * *

(١) الأحقاف: ١٥.

(٢) أي الإمام أبو حنيفة رحمه الله.

كتاب الصُّلْح

مسألة: [وجوه الصلح]

قال أبو جعفر: (والصلح جائزٌ علىٰ الإقرار، وعلىٰ الإنكار، وعلىٰ السكوت الذي لا إقرارَ معه ولا إنكار).

الدليل علىٰ جواز الصلح علىٰ الإنكار: قولُه تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾(١)، والصلح عقد، فلزمه الوفاء به، لعموم اللفظ.

ويدل عليه قوله تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾(٢)، وعقد الصلح تجارةٌ واقعةٌ عن تراض.

وقال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾(٣)، وعمومُه يقتضي جواز الجميع؛ لأنه كلامٌ قائمٌ بنفسه، غيرُ مفتقرٍ إلىٰ ما قَبْلَه.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا إسماعيل بن الفَضْل قال: حدثنا سليمان بن عبد الرحمن قال: حدثنا مروان قال: حدثنا كثير بن

---

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) النساء: ١٢٨.

عبد الله[١] المزني عن أبيه عن جده أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لبلال بن الحارث:

«اِعلم أن الصلحَ جائزٌ بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً، أو حرَّم حلالاً، والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرَّم حلالاً»[٢].

وهذا الخبر يدل علىٰ جواز الصلح علىٰ الإنكار مِن وجهين:

أحدهما: قوله: «الصلح جائز إلا صلحاً أحلَّ حراماً، أو حرَّم حلالاً»، ولم يثبت هاهنا ما يوجب التحريم، فهو علىٰ الجواز.

والثاني: قوله: «المسلمون علىٰ شروطهم»، والصلح شرط، فلَزِمَه الوفاء به حتىٰ يثبت التحريم.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن نصر بن منصور قال: حدثنا إبراهيم بن حمزة الزُّبَيْري قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «الصلح جائزٌ بين المسلمين»[٣].

وظاهره يقتضي جواز الصلح في حال الإنكار، والإقرار.

---

(١) في الأصل والمغربية: (زيد)، والصواب: كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، والتصحيح من كتب السنن.

(٢) تقدم.

(٣) سنن أبي داود ٤/١٩، موارد الظمآن ص٢٩١، وقد جاء هذا اللفظ في روايات الحديث المتقدم في الصفحة السابقة، أما هذا السند ففيه كثير بن زيد، وفيه كلام ينظر في نصب الراية ٤/١١٢.

وأيضاً: فإن كل متعاقدَيْن دَخَلا في عقد، فدخولهما فيه اعتراف منهما بجوازه[1].

والدليل عليه: أن المتبايعَيْن، والمتعاقدَيْن عَقْدَ نكاح، متىٰ ادَّعىٰ أحدُهما فساداً في العقد، لم يصدَّق عليه، وكان القول قول مدعي الصحة منهما.

فإذا كان كذلك، وجب أن لا يَمْنَعَ تقدم الإنكار من صحة عقد الصلح بعده، كما لا يمنع صحة إقراره لو أقرَّ له بالحق، إذْ كان دخوله معه في عقد الصلح: اعترافاً منه بجواز الصلح له.

مسألة: [الصلح علىٰ عبد، فاستُحِقَّ]

قال أبو جعفر: (وإذا ادعىٰ رجلٌ داراً في يد رجل، فصالحه منها علىٰ عبدٍ، فاستُحِقَّ العبدُ: رجَعَ المدعي علىٰ دعواه).

وذلك لأن العبد لم يُسلَّم له، وهو فإنما أبرأ من الدعوىٰ علىٰ شرط سلامة العبد له، كالبيِّع فمتىٰ لم يُسلَّم له البدل، رَجَعَ في دعواه.

فإن كان المدعىٰ عليه صالحه علىٰ إقرارٍ منه: كان ذلك بيعاً، فإذا استُحِقَّ العبدُ: أَخَذَ الدار.

وإنْ كان علىٰ غير إقرار: رَجَعَ المدعي علىٰ دعواه، كما كان قبل الصلح؛ لأنه أبرأ من الدعوىٰ علىٰ شرط سلامة العبد له، فإذا لم يَسلَّم له، عاد في الدعوىٰ.

فإن قيل: إن كان دخوله في عقد الصلح اعترافاً منه بجوازه، فهلاَّ

---

(١) هذا محمول علىٰ العقد الذي يبيحه الشرع.

جعلتَ له الرجوعَ في المدَّعىٰ بعينه عند استحقاق البدل، كما لو أقرَّ به.

قيل له: لم نَقُلْ إن دخوله معه في عقد الصلح اعتراف منه بأن الشيء للمدعي، وإنما قلنا هو اعتراف بجواز العقد، وقد يجوز العقد وإن لم يكن الشيء له، بأن يدخل معه في الصلح افتداءً من اليمين، وإسقاطاً للخصومة.

فصل: [وجوه الصلح علىٰ الإنكار]

قال أحمد: الصلح علىٰ الإنكار من الأموال علىٰ أربعة أوجه:

١- صلح من معلوم علىٰ معلوم، فيجوز.

٢- وصلح من مجهول علىٰ معلوم، فيجوز أيضاً.

٣- وصلح من معلوم علىٰ مجهول، فلا يجوز.

٤- وصلح من مجهول علىٰ مجهول، فلا يجوز.

وهذه الجملة ينتظمها حرفان: أن الصلح من المجهول جائز، وعلىٰ المجهول غير جائز، وما يأخذه المدعي بعقد الصلح فهو محمول علىٰ أحكام البيع إن كان مالاً، وإن كان منافع فعلىٰ أحكام الإجارة.

وما حصل للمدَّعىٰ عليه إذا كان منكِراً لحق المدَّعي، فهو في حُكْم المبرَأ منه، ومن أجل ذلك جاز من المجهول.

والدليل علىٰ أن المصالَح عنه في حكم المبرَأ منه: أن الصلح إنما هو إبراء وإسقاط.

والدليل عليه: أنه لو صالَحَه من ألف درهم له عليه، علىٰ خمس مائة: جاز.

وقد وردت به السنة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في قصة كعب بن

مالك حين لَزِمَ غريماً له في المسجد، فقال له النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «خُذِ النِّصْفَ، فرضي بذلك»[١].

فثبت به جواز الصلح من الألف علىٰ خمس مائة، ولو لم يقع ذلك علىٰ جهة البراءة: لما جاز؛ لأنه كان يكون بيعُ ألفٍ بخمس مائة.

ومن الدليل علىٰ أنه براءة: أنا وجدنا عقد الصلح مخصوصاً بهذا الاسم، دون غيره من العقود، فدل علىٰ اختصاصه بهذا الاسم علىٰ أنه اختص به، لمعنىٰ فارَقَ به سائرَ العقود، وهو معنىٰ البراءة.

وإذا ثبت أنه براءة، جاز من المجهول؛ لأن البراءة من المجاهيل جائزة، لما بيَّنَّا في غير هذا الموضع.

ويدل عليه أيضاً: ما روي «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بَعَثَ علياً عليه السلام إلىٰ بني جَذِيْمَة حين قَتَلَ خالدُ بن الوليد مَن قَتَل منهم، ودَفَعَ إليه مالاً، وأَمَرَهَ أن يَدِيَ لهم قتلاهم، وما استُهْلِكَ مِن أموالهم، قال: فَوَدَىٰ لهم كلَّ ما أُخِذَ منهم حتىٰ مِيْلَغَة[٢] الكلب، وبقيت في يده بقيةٌ من مال، فقال أعطيكم هذا مما لا تعلمونه، ولا يعلمه رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم.

ثم جاء فأخبر النبيَّ عليه الصلاة والسلام، فسُرَّ به النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وقال: ما يسرُّني بها حُمْر النَّعَم»[٣].

---

(١) صحيح البخاري ١/٥٦١، صحيح مسلم ٣/١١٩٢.

(٢) ولغ الكلب: أي شرب، ومِيْلَغة الكلب: الإناء الذي يلغ فيه الكلب، النهاية ٥/٢٢٦.

(٣) أصل هذا الخبر في سرية بني جذيمة في صحيح البخاري ٨/٥٦-٥٧، مع =

فأجاز النبي صلىٰ الله عليه وسلم دفعَه بقيَّةَ المال إليهم عن المجهول الذي لا يعلمونه.

* وأما الصلح علىٰ المجهول: فغير جائز، مِن قِبَل أن حُكْمَ المصالَح عليه حُكْمُ البيع إن كان مالاً، وحُكْمُ الإجارة إن كان منافع، ولا يجوز ذلك إلا علىٰ معلوم.

وأيضاً: فلأنَّ المُصَالَح عليه يقتضي العقدُ تسليمَه إلىٰ المدعي، فلا يصح في مجهول، لتعذُّر تسليمه.

وبهذا المعنىٰ أيضاً فارق المصالَح عنه؛ لأنه في يد المدَّعىٰ عليه لا يحتاج إلىٰ تسليم.

وأيضاً: فإن المدَّعي معترِفٌ بأن ما أَخَذَه علىٰ وجه البدل، فهو محمول علىٰ أحكام عقود المعاوضات، ولهذا المعنىٰ قالوا: إذا وقع الصلح علىٰ دار، كان للشفيع فيها الشفعة، لإقرار المدَّعي بأنه أخذها ببدل، ولو صالح من دراهم ادَّعاها علىٰ دنانير، لم يفارِقْه حتىٰ يقبض؛ لأن حُكْمَ المصالَح عليه حُكْمُ عقد الصرف.

ولو كانت الدراهم هي المدعاة، فَجَحَدَ الذي في يديه، ثم صالحه علىٰ عبد أو دار: لم يكن للشفيع فيها شفعة؛ لأن الدار غيرُ مبيعة في الحكم، وإنما هي مبرأٌ منها، لما بيَّنَّا أن المصالَح عنه مبرأٌ منه.

ما ذكره ابن حجر من زيادات علىٰ البخاري في الفتح ٨/٥٨، والقصة بتمامها مع محل الشاهد من هذا الخبر في سيرة ابن هشام ٢/٤٣٠.

مسألة : [الصلح علىٰ خدمة عبدٍ مدةً معينة، ثم موتُه قبل تمامها]

قال أبو جعفر : (ولو ادعىٰ داراً في يد رجل، فصالحه منها علىٰ خدمة عبدٍ له سَنَةً، فخَدَمَه بعضَ السنة، ثم مات العبد: رَجَعَ المدَّعي بمقدار ما بقي من الخدمة فيما قابله من الدار، علىٰ ما بيَّنَّا في حكم الإقرار والإنكار.

وكذلك لو مات المصالِح أو المصالَح، وهو في حكم الإجارات).

قال أحمد : قد بيَّنَّا فيما تقدم أن المصالَح عليه مأخوذٌ علىٰ وجه البدل، فإن كانت منافع: فهي إجارة، وإن كان مالاً: فهو بيع.

قال أحمد : وقد ذكر محمدٌ هذه المسألة، ولم يذكر فيها خلافاً، وذكرها أبو الحسن أيضاً في المختصر[1]، ولم يذكر فيها خلافاً.

وقال محمد في كتاب الصلح[2]: لو صالحه علىٰ خدمة عبدٍ له سنة، فقُتِلَ العبد خطأ، فأخذ قيمتَه: فإن صاحب الخدمة بالخيار: إن شاء اشترىٰ له بها عبداً، فخَدَمَه، وإن شاء تَرَكَ ذلك، وكان علىٰ حقه في قول أبي يوسف، وفي قول محمد قد انتقض الصلح، ويعود علىٰ دعواه.

وقال محمد أيضاً في كتاب الصلح: ولو ادَّعىٰ في دارٍ في يدي رجل حقاً، فأنكره، فصالحه من ذلك علىٰ سكنىٰ بيتٍ منها معلومٍ سنين مسمَّاة: فإن ذلك جائز.

فإن مات صاحبُ السكنىٰ: كان ما في يده من السكنىٰ لورثته.

---

(١) أي مختصر الكرخي.

(٢) من (الأصل) للإمام محمد، والله أعلم.

وكذلك لو مات صاحب الدار، وبقي صاحب السكنىٰ: فإن السكنىٰ لصاحبه علىٰ حاله.

ولا يشبه الصلحُ في هذا الإجارةَ في قول أبي يوسف.

وقال محمد: يبطل ما بقي من السكنىٰ، ويرجع المدَّعي علىٰ دعواه بقَدْر ما بطل من السكنىٰ.

فذكر الخلاف في هاتين المسألتين، ولم يذكره في المسألة الأولىٰ.

وينبغي في قول أبي يوسف أن تكون مسألة السكنىٰ، وخدمة العبد سواء، في أن موت أحدهما لا يُبطله، كما لم يُبطله بقتل العبد إذا أخذ قيمته.

ومن شيوخنا مَن كان يفرِّق بين مسألة خدمة العبد، وبين مسألة السكنىٰ في موت أحدهما، بأن في مسألة السكنىٰ ادعاءَ حقٍّ في الدار، فصالحه علىٰ سكنىٰ بيتٍ منها، فالمدَّعي زَعَمَ أنه أَخَذَ السكنىٰ لا علىٰ جهة العوض من الحق المدَّعىٰ في الدار؛ لأن حقه الذي ادعاه لا يخلو مِن أن يكون سكنىٰ، فيكون ساكناً في حقه، فينتقل إلىٰ ورثته، وإن كان حقُّه بعضَ الدار، فله أيضاً حق السكنىٰ، فلذلك حَمَلَ الأمر علىٰ ما وصفنا.

وفي مسألة الخدمة أخذها عن عوضٍ في قوله.

قال أحمد: والصحيح عندي أنهما سواء، وأنه لا يبطل علىٰ قول أبي يوسف؛ لأنه قد نَقَلَ حقَّ الخدمة إلىٰ القيمة عند القتل، ولم يُبْطلها بقتله، كما يبطل الإجارة.

وقد سمعتُ أبا الحسن يقول في مسألة ذَكَرها محمد بعد ذلك فقال:

لو أعتق صاحبُ الصلح العبدَ: جاز عتقه، وكان المدَّعي علىٰ حقه: أنه قول محمد عندي.

قال أبو الحسن: ويجيء في قول أبي يوسف أن يضمن المعتِق قيمة عبد الخدمة.

ألا ترىٰ أن قاتِلَ عبدِ الرهن، تُؤخذ منه القيمة، فتكون رهناً مكانه، كما قال أبو يوسف في العبد المصالَح علىٰ خدمته سنةً إذا قُتِلَ، فأخذ قيمته.

* وكان أبو الحسن رحمه الله يحتج لوجه قول أبي يوسف في مسألة العبد المصالَح علىٰ خدمته إذا قُتِلَ: أنه أجراه في هذا الوجه مجرىٰ الوصية بالخدمة، مِن قِبَل أنه لم يثبت عن هذه الخدمة للمدعىٰ عليه بدل في الظاهر، فكأنها خدمة يستحقها بنفسها، كالعبد الموصَىٰ بخدمته.

قال: ويدل علىٰ أن المدَّعىٰ عليه لم يحصل له عنها بدل: أنه لو صالحه مِن دعواه علىٰ عبدٍ، لم يجب للشفيع الشفعة في الدار المدعاة.

وعلىٰ هذا المعنىٰ أجرىٰ أبو الحسن مسألة الصلح علىٰ سكنىٰ بيت منها.

فإن قال قائل: الوصية بالسكنىٰ لا تنتقل إلىٰ ورثة الموصَىٰ له، فإن كان الصلح بمنزلة الوصية، فالواجب أن يبطل بالموت.

قيل له: ليس يمتنع أن نجعله بمنزلة الوصية من وجه، وإن اختلفا من وجهٍ آخر، فأما جهة اشتباههما فهي أن هذه خدمة، أو سكنىٰ مستحقَّة بنفسها، فلا يُبطلها قتل العبد، ولا موت أحدهما.

ويختلفان من جهةٍ أن هذا لا يُبطله موت المدعي.

ويفصل بينهما: بأن الموصي إنما أوصىٰ بالخدمة لهذا، فإذا مات بطلت الوصية، لاستحالة وجود الخدمة الموصَىٰ بها، فلم يكن هناك بعد موته وصية تنتقل إلىٰ الوارث.

وفي مسألتنا استَحَقَّ الخدمة والسكنىٰ بالعقد، فجاز أن تنتقل.

ألا ترىٰ أن الموصَىٰ له بالخدمة، ليس له أن يؤاجر العبد؛ لأنه لم يرض بالخدمة لغيره، وها هنا قد أثبت له حقاً استحقه عليه بعقد الصلح، فيثبت ذلك لورثته.

فإن قيل: فهذا إذاً يكون خارجاً عن الأصلين جميعاً: الإجارة والوصية؛ لأن موت المستأجِر، والموصَىٰ له، يُبطل الإجارة والوصية.

قيل له: لا يمتنع إذا أُخِذَ الشبه من أصلين، أن يكون خارجاً عنهما في بعض أحكامه، وإنما يُشبه أحدَهما في بعض أحكامه، والآخرَ في حكمٍ آخر غيره.

ألا ترىٰ أن الهبة علىٰ عوض، لها حكمُ البيع من وجه، وحكمُ الهبة من وجه آخر، وهو مع ذلك خارجٌ عنهما جميعاً.

مسألة: [ادِّعاءُ كلٍّ من الجارَيْن الجدارَ الحاجز بينهما]

قال أبو جعفر: (وإذا كان الجدار حاجزاً بين دارَيْن، فادَّعاه كلٌّ واحد من صاحبَي الدارين، فإن كان الجدار داخلاً في ترابيع[1] بناء إحدىٰ الدارَيْن دون بناء الأخرىٰ: فهو لصاحبها دون صاحب الأخرىٰ.

وإن لم يكن داخلاً في ترابيع بناء واحدة من الدارَيْن، وكان مرتبطاً ببناء إحدىٰ الدارَيْن: كان لصاحبها.

فإن لم يكن شيءٌ من ذلك، وكان عليه حُمُولة خشبٍ لإحداهما: فهو لصاحبها دون الآخر.

---

(١) سيأتي تعريف التربيع في كلام المؤلف آخر الصفحة.

فإن كان متصلاً ببناء إحداهما بتربيع، وللآخر عليه حُمُولَة: فالحائط لصاحب التربيع، ويُترك خشبُ الآخر بحاله).

قال أحمد: الأصل في ذلك أن اليدين إذا اجتمعتا لرجلَيْن في شيء، فإنما يستحقه آكدُهما يداً، وأظهرُهما تصرُّفاً.

والدليل علىٰ ذلك: أن رجلاً لو كان راكبَ دابةٍ، وآخرُ متعلِّق بلِجَامها: أنَّ الراكب أَوْلىٰ بها، وإن كان المُمْسِك باللِّجام له يدٌ لو انفرد بها: لحُكِمَ له باليد فيها، إلا أن الركوب لما كان آكد في باب ثبوت اليد، كان صاحبه أَوْلىٰ.

فقلنا علىٰ هذا، إن صاحب التربيع أَوْلىٰ من صاحب الاتصال بلا تربيع؛ لأن التربيع: أن يكون الحائط المتنازَع فيه يُداخل آخرُه آخرَ بناء الحائط الآخر، وذلك الحائط يُداخل حائطَ مالكه من جوانب البيت الأربعة، فيكون حينئذ بمنزلة الأَزَج[1]، والبيت الواحد، فيستحقه صاحبه.

وكذا كان يقول أبو الحسن في معنىٰ اتصال التربيع.

* وأما اتصال غير التربيع: فهو أن يداخل آخرُ الحائط المتنازَع فيه آخرَ الحائط الآخر، ولا يكون لذلك الحائط اتصال بسائر حيطان البيت، أو الدار علىٰ نحو ما ذكرنا، فتكون حينئذ يدُ صاحب التربيع أظهرَ وآكدَ، فهو أَوْلىٰ.

فإن كان لأحدهما اتصال بغير تربيع، وليس للآخر اتصالٌ ولا حِمْل:

---

(١) الأَزَج: محركة: ضرب من الأبنية، وفي الصحاح والمصباح واللسان: الأزج بيت يبنىٰ طولاً، كما في تاج العروس (أزج).

فصاحب الاتصال أَوْلىٰ؛ لأن له ضرباً من اليد لم يشاركه الآخر فيه، فكان أَوْلىٰ.

* وإن كان لأحدهما عليه خشب، وللآخر اتصال بتربيع: حُكِمَ بالحائط لصاحب الاتصال، من جهة ظهور يده؛ لأن الاتصال متقدم يحمل الخشب.

ولا يُنْزَع خشبُ الآخر؛ لأن هذا يجوز أن يكون حقاً له، ألا ترىٰ أنه قد يجوز وقوع القسمة في الابتداء علىٰ أن يكون الحائط لأحدهما، والخشب الذي عليه لآخر: يُتْرَك علىٰ حاله، وبمنزلة السُّفْل والعُلْو.

ولأنه لا يجوز أن يستحق علىٰ الغير بالظاهر؛ لأن الظاهر إنما يُدْفَع به، ولا يُسْتَحق به.

وليس الاتصال في هذا كقيام البيِّنة، لو قامت البيِّنة لأحدهما، وللآخر عليه خشب: أُمِرَ بنَزْع الخشب؛ لأنه استحق ملك الحائط بالبيِّنة، والبيِّنة يستحق بها علىٰ الغير، فأُمِرَ الآخر برَفْع الخشب إلا أن يقيمَ البيِّنة أنه يستحقُّ تَرْكها بحقٍّ يوجِبه له.

وأما صاحب اتصال التربيع، فإنما حُكِمَ له به مِن جهة ظهور يده، لا من طريق الاستحقاق، والظاهرُ لا يُسْتَحَقُّ به علىٰ الغير، ولصاحب الخشب أيضاً يدٌ ظاهرة، كيد صاحب العُلْو، فلذلك لم يُؤمر برفع الخشب.

والمحكوم له بذلك يُستحلف إن طلب الآخرُ يمينَه؛ لأنه مدَّعىٰ عليه، كما يُستحلف صاحب اليد، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم:

«اليمين علىٰ المدعىٰ عليه»[١].

فإن نَكَل عن اليمين: قُضي به عليه للمدعي؛ لأن النكول عندنا يستحق به.

مسألة:

قال أبو جعفر: (وإذا كان لِرَجُلٍ سُفْل، ولآخرَ عليه عُلْو، فَسَقَطَا جميعاً: لم يُجْبَر أحدُهما علىٰ البناء إذا أَبَىٰ، وقيل لصاحب العُلْو: إن شئتَ فابْنِ سُفْلَه، وابْنِ عليه العُلْو الذي كان لك عليه، وامْنَعْ صاحبَ السفل من سفله حتىٰ يؤدِّيَ إليك ما أنفقتَه عليه).

وإنما لم يُجبر واحدٌ منهما علىٰ البناء إذا أباه؛ لأنه لم يتعدَّ في طَرْحه، ولا يُجبَر علىٰ بناء ملكه لأجل صاحبه.

ولصاحب العلو أن يبني؛ لأنه لا يصل إلىٰ حقه إلا بالبناء، فإذا بنىٰ كان له مَنْع صاحب السفل من السكنىٰ حتىٰ يعطيَه قيمةَ البناء؛ لأن البناء ملكٌ لصاحب العلو، فله أن يمنع صاحبَ السفل الانتفاعَ بملكه حتىٰ يعطيَه قيمته؛ لأنه لا يجوز أن نملِّكه إياه بغير بدل.

والذي ذَكَرَه أبو جعفر مِن أنه يَرُدُّ عليه النفقة، ليس بسديد[٢]، إلا أن تكون النفقةُ مثلَ قيمة البناء؛ لأنا نحتاج أن نملِّكه هذا البناء في الحال،

---

(١) تقدم.

(٢) قال الإسبيجابي في شرحه ١/ لوحة/ ٢٢١ بعد ذكر قول أبي جعفر أنه يدفع النفقة قال: «هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وقيل: الصحيح أن يغرم صاحب السفل قيمة بنائه مبنياً، لا ما أنفق عليه، ولا يكون صاحب العلو متبرِّعاً في بنائه، لأنه مضطر فيه». اهـ.

فتُعْتَبر قيمته وقت التمليك.

مسألة: [انتفاع الرجل بجَنَاحٍ مدَّه من بيته علىٰ الطريق]

قال أبو جعفر: (وإذا أَشْرَع الرجل جناحاً علىٰ طريق نافذ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: له الانتفاع به ما لم يمنعه من ذلك أَحَدٌ، أو خاصَمَه فيه، فإن مَنَعَه أحدٌ أو خاصمه فيه: لم يسَعْه الانتفاع به، وكان عليه نزعه.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان ذلك مما لا ضرر فيه: لم يكن لأحدٍ منعه، وكان له الانتفاع به).

وجه قول أبي حنيفة: أن حق كافَّة المسلمين ثابت في الموضع، إلا أن له الانتفاع به ما لم يُمنَع منه، كما له أن يقعد في الطريق، وينتفع بفِنَائه ما لم يؤذِ به أحداً.

فإن خاصمه فيه أحدٌ: كان عليه نَزْعه؛ لأن كلَّ أحدٍ خصم في ذلك، إذ كل الناس متساوون في ثبوت الحق في الموضع.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا لم يضر أحداً: فله أن ينتفع به، إذ ليس فيه إبطالُ حقِّ أحد.

وهذا كما قال أبو حنيفة في أرض المَوات، أن المحيي لها لا يملكها إلا بإذن الإمام في قول أبي حنيفة، لتساوي الكافة في الحق في الموضع.

وفي قولهما: يملكها المحيي لها: أَذِنَ الإمامُ، أو لم يأذن، إذ ليس فيه إبطالُ حقِّ أحد.

* **قال أحمد**: قال محمد في كتاب الصلح: ولو كان لرجلٍ ظُلَّةٌ[1]،

---

(١) ظُلَّة الدار: يريدون بها السُّدّة التي فوق الباب، المغرب ٢/٣٥.

أو كَنِيْفٌ[١] شارعٌ علىٰ طريقٍ نافذ، فخاصمه رجل فيه، وأراد طَرْحه، فصالحه من ذلك علىٰ درهم: كان الصلح باطلاً، ويخاصمه في طَرْحه متىٰ شاء.

ووجه ذلك: أن الطريق النافذ حقٌّ لجماعة المسلمين، ولا يجوز لأحدٍ منهم تمليكه؛ لأنه ليس بحقٍّ صحيح يصح تمليكه، ولا يورَث، ولا تؤخذ عنه الأعواض، فلا يجوز أَخْذُ المال علىٰ تَرْكه.

وله أن يخاصمه متىٰ شاء؛ لأن حقه في الخصومة لم يسقط، إذ لم يصح إسقاطه.

* قال محمد: وإن كان علىٰ طريقٍ غير نافذ، فصالحه علىٰ دراهم مسماة: كان الصلح جائزاً.

قال أحمد: كان أبو الحسن يقول: قد حصَّل محمد هذه المسألة في غير هذا الموضع، فقال: إن كان الطريق ملكاً لهم، وكان أصله داراً، أو أرضاً بينهم، فبَنَوْها حَجَراً، أو رفعوا بينهم طريقاً: فإن الصلح جائز، مِن قِبَل أنهم مالكون، يُورَث عن كل واحد منهم ملكه إذا مات، ويجوز تمليكه، كدارٍ بين رجلَيْن.

قال: وإن كانت هذه السكَّة اختُطَّت في الأصل هكذا: لم يجز الصلح؛ لأنها ليست بمِلْكٍ لهم، ولو احتاج المسلمون إلىٰ هذه السكة لزحمة، أو غيرها، لتساووا فيها.

وإذا لم تكن ملكاً، وكانت حقوق سائر المسلمين ثابتة فيها: لم يجز تمليكها، وأخذ العوض عنها.

---

(١) الكَنِيف: هو المستراح، المغرب ٢/ ٢٣٥.

* قال محمد في كتاب الصلح: ولو صالحه علىٰ مائة درهم علىٰ أن يطرح الظُّلَّة عن هذا الطريق: كان ذلك جائزاً؛ لأن في هذا منفعة لأهل الطريق.

وكان أبو الحسن يقول: يعني محمدٌ: أن صاحب الظلة هو الذي أخذ المال علىٰ طَرْحه[1].

وإنما أجاز ذلك؛ لأن له في هذا لموضع حقاً، فإذا أسقط حقَّه من ذلك بعوض أَخَذَه علىٰ أن يطرحه، جاز ذلك.

فإن قيل: فالباني للظُّلَّة عليه طَرْحها، فكيف يجوز له أَخْذ العوض علىٰ ما عليه قلعه؟

أرأيتَ لو بنىٰ أحدُ الشريكَيْن في دارٍ بينهما بغير أَمْرِ شريكه، هل يجوز له أخذ العوض علىٰ رفع بنائه؟

قيل له[2]: لا يجوز ذلك في الدار، ويجوز في السكة التي ليست بنافذة، التي لا تَمَلُّك لواحدٍ منهم فيها إلا حق الانتفاع، إذ لا تصح قسمتها بينهم، وهي كفِنَاءٍ خاصٍّ لهم، دون غيرهم من الناس، فلو رَبَطَ فيها أحدُهم دابةً، لم يكن لصاحبه مَنْعه، فلما كان له حق الانتفاع به من هذا الوجه، جاز صلحه علىٰ طَرْحه، علىٰ أن يأخذ الباني دراهم، إذ كان بذلك تاركاً لحقه، والحقُّ المتروك بمنزلة ما هو ملك له خاص؛ لأن لكل واحدٍ الانتفاع به.

---

(١) سيذكر الجصاص بعد قليل معنىٰ آخر لكلام الإمام محمد.

(٢) في الأصل: (قال أبو الحسن)، وقد أثبتُّ ما في النسخة المغربية.

فإن قيل: لو كان كذلك، كان لا يكون له أن يخاصمه في طَرْحه؛ لأنه في حقه.

قيل له: لأن البناء يبقىٰ علىٰ الأيام، فيبطل حق الآخرين في الانتفاع، وهو يفارق أيضاً ربط الدابة من هذا الوجه.

* **قال أحمد**: ومِن شيوخنا مَن كان يقول في جواب محمد في هذه المسألة إن معناه: أن المخاصِم هو الذي أَخَذَ الدراهم علىٰ طَرْحها، كأن الباني استأجره عليه، وذلك جائز، كما لو استأجره غيره.

مسألة: [حكم مصالحة المَدِينِ الدائنَ علىٰ دينه الآجل ببعضه حالاً]

قال أبو جعفر: (وإذا كان لرجُلٍ علىٰ رجُلٍ مال إلىٰ أجل، فصالحه علىٰ أن يعطيَه بعضَه حالاً، وعلىٰ أنه بريء مما بقي: فإن ذلك لا يجوز).

قال أحمد: الأصل في هذه المسألة ونظائرها: أن يُنْظَر إلىٰ ما وَقَع عليه الصلح، فإن كان مما استحقه بعقد المداينة فهذا جائز، وما بقي فهو مبرأٌ منه.

وإن كان مما لا يستحقه بعقد المداينة، فهذا عقد مستأنَف بينهما، فيُحمل علىٰ نظائره من العقود في صحته وفساده.

فقلنا علىٰ هذا في مسألتنا: إن الخمس مائة المأخوذة في الحال، لم يستحقها بعقد المداينة، وإنما أراد أن يستحقَّها بعقد الصلح، وذلك عقدٌ مستقل، فيه بيع الألف التي استحقها بعقد المداينة، بخمس مائة، عَقَدَ عليها عَقْدَ الصلح، فلم يجز ذلك؛ لأنه بيع ألفٍ بخمس مائة.

وعلىٰ هذا قالوا: لو كان عليه ألفٌ سودٌ، فصالحه منها علىٰ خمسِ مائة بِيض، أنه لا يجوز، لأن البِيض غيرُ مستَحَقَّة بعقد المداينة، وإنما يريد استحقاقها بعقد الصلح، فصار كشِرَىٰ خمس مائةٍ بِيضٍ، بألفٍ سود.

وكذلك لو كان له عليه ألف درهم، فصالحه منها علىٰ مائة دينار، كان ذلك عقد صرف مبتَدَأ، فيجوز إن قَبَضَها قبل الافتراق؛ لأنه لم يكن استحق الدنانير بعقد المداينة.

ولو كان له عليه ألفٌ بيض، فصالحه علىٰ خمس مائة بيض، أو سود جاز؛ لأن المأخوذ بالصلح مستَحَق بعقد المداينة، فهو آخذٌ لبعض حقه، ومُبْرِئٌ من الباقي، لأن مَن له عليه دراهم بيض، كان له أخذ السود بغير رضا الغريم، لأنها دون حقه، ويُعتبر ما أوجبه له عقد المداينة بما لَهُ أَخْذُه بغير رضا الغريم، وما لم يوجبه عقد المداينة بما ليس له أَخْذُه بغير رضا.

ولو كان عليه ألفٌ حالَّة، فصالحه منها علىٰ خمس مائة مؤجَّلة: جاز لما وصفنا؛ لأن المؤجلة مستَحَقَّة بعقد المداينة، فهو لم يأخذها بعقدٍ ثان، فكان آخذاً لبعض حقه، ومبرئاً من الباقي.

مسألة : [صالحه علىٰ الألف التي عليه علىٰ خمسمائة في يومه هذا]

قال أبو جعفر : (ولو كان لرجلٍ علىٰ رجل ألفُ درهم، فصالحه منها علىٰ خمسِ مائة درهم، علىٰ أن يدفعها إليه في يومه هذا، وعلىٰ أنه إن لم يدفعها إليه حتىٰ يمضيَ يومه هذا، عاد المالُ عليه كما كان: كان الصلح علىٰ هذا جائزاً).

وذلك لأن البراءة واقعة في الحال، وليست معلَّقة علىٰ خطر، فصَحَّت، وإنما شُرِطَ فَسْخها بتَرْك الدفع، وهذا جائز؛ لأن البراءة مما يلحقه الفسخ بعد صحته، ألا ترىٰ لو أن رجلاً أبرأ رجلاً مِن دَيْن له عليه: وقعت البراءة بغير قبول المبرَأ، فإن ردَّ المطلوبُ البراءةَ: انفسخت.

وكذلك لو أن رجلاً له علىٰ رجل مال، فصالحه منه علىٰ عبدٍ بعَيْنه، بَرِئ منه المطلوب، فإن مات العبد قبل القبض: عاد المالُ علىٰ

المطلوب، وانفسخت البراءة.

فلما كانت البراءة مما يلحقه الفسخ بعد وقوعه وصحته، جاز شَرْط فسخها بتَرْك دَفْع المال في اليوم.

ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ عبداً علىٰ أنه إن لم ينقده الثمن فيما بينه وبين ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، أن ذلك جائز علىٰ ما شَرَطَ، وينفسخ البيع بتَرْك نَقْدِ الثمن في الثلاث.

كذلك البراءة واقعة في الحال، فإذا شَرَطَ فسخَها بتَرْك تعجيل الخمس المئين في اليوم، جاز ذلك، وعاد المال عليه إذا لم يفِ بالشرط.

[مسألة :]

قال أبو جعفر : (ولو كان صالحه علىٰ خمسِ مائة درهم، علىٰ أن يعجِّلها له في هذا اليوم، ولم يَذْكر شيئاً سوىٰ ذلك: جاز الصلح، وكان هذا والأول سواء في قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي قول أبي يوسف: لا يعود المال عليه إن لم يعجِّل).

لأبي حنيفة ومحمد: أن قوله: عجِّل ليَ اليوم خمس مائة، علىٰ أنك بريء من الفضل، معلومٌ من الظاهر أن البراءة واقعة بشرط التعجيل، وأنه لولاه لم يُبرئه، فصار كقوله: إن لم تعجلها، عاد عليك المبرأ منه، فلم يفرِّقا بين أن يكون ذلك ملفوظاً به، وبين ما يكون منه معقولاً من معناه.

وأبو يوسف قال: البراءة واقعة، ولم يشرط عود المال بتَرْك التعجيل، فلا يعود.

مسألة : [صالحه علىٰ جارية فاستُحقت بعد أن أولدها]

قال أبو جعفر : (وإذا ادعىٰ رجلٌ علىٰ رجل داراً، فأنكر، وصالحه

علىٰ جارية، وقَبَضها المصالَح، فوطئها، وأولدها ولداً، ثم استُحِقَّت الجارية: يأخذها وعُقْرَها[1] وقيمةَ ولدها من المصالِح.

ويرجع المدعي[2] في دعواه في الدار، فإن أقام بيِّنة علىٰ الدار: قُضِيَ له بها، وقُضي له بقيمة الولد علىٰ الذي صالحه علىٰ الجارية، وإن لم يُقِم علىٰ ذلك بيِّنة: لم يكن له علىٰ المدعىٰ عليه شيء غير الرجوع في الدعوىٰ).

قال أحمد: المصالَح مغرورٌ في باب صحة الدِّعوة، وحرية الولد مع الاستحقاق؛ لأنه وَطِيءَ علىٰ وجه الملك.

ولم يختلف السلف[3] فيمَن اشترىٰ جاريةً واستولدها، فاستُحقَّت: أنه يصدَّق علىٰ الدِّعوة، وأن ولدَه حر الأصل، ويَغرم للمشتري قيمةَ الولد، والعُقرَ للمستَحِق.

فكذلك المصالَح بهذه المنزلة في باب صحة الدِّعوة، وحرية الولد، وضمان العُقْر، وقيمة الولد.

ثم إن صح له مِلْكُ الدار: كان بمنزلة المشتري في الرجوع بقيمة الولد علىٰ المدعىٰ عليه الدار؛ لأنه قد غَرَّه ببدلٍ أخذه منه.

وإن لم تقم له بينةٌ علىٰ ملكها: لم يرجع بشيء.

كمن وُهب له جاريةٌ، فاستولدها، فلا يرجع علىٰ الواهِب بقيمة الولد

---

(١) العُقْر: صداق المرأة إذا وُطئت بشبهة، المغرب (عقر).

(٢) في النسختين: (فإن المدعي يرجع)، والتصويب من المختصر ص١٠١.

(٣) المغني ١٢/ ٤٩٠.

التي غَرِمَها للمستَحِق؛ لأنه مَلَكَها بغير بدل، وعَقْدُ الهبة لا يوجِب ضماناً علىٰ الواهب.

قال أحمد: والغرور الموجِب للرجوع بقيمة الولد علىٰ الموجِب للملك، إنما يكون باجتماع شيئين:

أحدهما: أن يكون عَقْداً يوجب ضماناً، وهي عقود المعاوضات.

والثاني: أن يكون التمليك واقعاً برضا مَن كان التمليك مِن جهته؛ لأنه استُحق عليه بغير رضاه[1]، لم يلزمه ضمان قيمة ما تضمنه الذي حصل له الملك بالغرور.

مثلُ الشفيع إذا بنىٰ، ثم استُحق، لم يرجع علىٰ المشتري بقيمة البناء.

ومثلُ الجارية المَسْبِيَّة إذا أَخَذَها المالكُ الأول من مشتريها من أهل الحرب، واستولدها، ثم استُحقَّت، فضمن القيمة: لم يرجع المولىٰ علىٰ المشتري بقيمة الولد؛ لأنه أَخَذَها منه بغير رضاه.

وكذلك الرجل يستولد جاريةَ ابنهِ، فيَغْرَم له القيمة، ثم استَحَقَّها مستَحِقٌ، فإنه يأخذها، وعُقْرَها، وقيمةَ ولدها، ويرجع الأبُ علىٰ الابن بالقيمة التي أعطاه، ولا يرجع عليه بقيمة الولد؛ لأنه مَلَكَها عليه بغير رضا، حسب ما قلنا في المسبية، ومسألة الشفعة.

مسألة: [الصلح علىٰ عدم الاستحلاف حال الإنكار]

قال أبو جعفر: (وإذا ادَّعىٰ علىٰ رجلٍ مالاً، فأنكر، فصالحه

---

(١) هكذا العبارة في النسختين، والظاهر أنه يوجد سقط في العبارة، وتقديره واضحٌ.

علىٰ دراهم علىٰ أن لا يستحلفه: فإن الصلح جائز، وهو بريء من اليمين).

قال أحمد: هذه المسألة مبنية علىٰ جواز الصلح علىٰ الإنكار، والعلة فيهما واحدة، وهي أن دخولهما في العقد اعترافٌ منهما بجوازه، ولأن المدعي يزعم أنه أَخَذَه عَمَّا له عليه، فيُحمَل أَمْره فيما أَخَذَه علىٰ الجواز والصحة، حتىٰ يتبيَّن غيرُه.

وأيضاً: فهو بمنزلة الناكل؛ لأنه بَذَل المالَ صيانةً لنفسه عن اليمين، والمالُ مما يصح بَذْله، فجاز أَخْذُه مِن هذا الوجه.

ويدل عليه قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1]، وهذا واقع عن تراض.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبةٍ من نفسه»[2]، وقد أَخَذَه بطيبةٍ من نفسه، فجاز.

باب: [الشفعة في الدار حال الصلح]

قال أبو جعفر: (وإذا ادَّعىٰ داراً في يدي رجل، فأقرَّه، ثم صالحه علىٰ دراهم: فللشفيع فيها شفعة).

لأنه بَيْعٌ، ولو أنكر: لم يكن للشفيع فيها شفعة؛ لأنه لم يَعترف له، وقد يجوز أن يكون الصلح للبراءة من الخصومة، وصيانة النفس عن اليمين.

---

(١) النساء: ٢٩.

(٢) تقدم.

مسألة : [ادعىٰ دراهم فصالحه علىٰ دنانير]

قال: (وإن ادعىٰ عليه دراهم، وصالحه علىٰ دنانير، ثم افترقا قبل أن يقبضها: بطل الصلح).

لما بيَّنَّا أن حُكْمَ ما يأخذه المدعي حُكْمُ الأعواض المأخوذة عن اعتبارها، فاعتُبِرَ فيه حُكْم الصرف في إيجاب القبض في المجلس.

مسألة : [العيب في بدل الصلح إن كان عَرْضاً]

قال أبو جعفر : (ولو كان صالحه منها علىٰ عَرْضٍ بعينه، فقبضه، ثم أصاب به عيباً: كان له أن يردَّه علىٰ المدَّعىٰ عليه، وينتقض الصلح بذلك، ويرجع علىٰ دعواه إن كان صالحه علىٰ إقرار).

قال أحمد : وذلك لأنه مشترٍ للعَرْض، وعقود المعاوضات تقتضي صحة الأبدال مِن كل واحد منهما، فإذا وَجَدَه معيباً، كان له الرد والرجوع في البدل.

* **قال أبو جعفر** : (فإن كان صالحه علىٰ إنكار، وكان العيب فاحشاً: فالجواب فيه كذلك، وإن كان غيرَ فاحش: فالصلح ماض).

قال أحمد : قوله: «إن كان الصلح علىٰ إنكار: لم يردَّ بعيب فاحش»: ليس بسديد[1]، ومذهبُهم أنه يُرَدُّ بالعيب الفاحش وغير الفاحش؛ لأنه يرجع في الدعوىٰ.

ويجوز أن يقيم البينة، فيستحق المال الذي كان جعله بدلاً عن العوض.

---

(١) ومثله في شرح الإسبيجابي ١/ لوحة/ ٢٢٣ب.

ويشبه أن يكون أبو جعفر جَعَلَه كالمهر، والجُعْلِ، والخلعِ، والصلحِ من دم العمد، وليست مسألتنا من نظائر هذه المسائل؛ لأن هذه العقود لا تنفسخ ببطلان البدل، وفَسْخ الملك فيه، وإنما يرجع فيه بقيمة العَرْض المردود، فلا يرده إلا بعيب فاحشٍ؛ لأن العيب غير الفاحش لا يستدرك به حقٌّ في مثل هذا بالرد، لأن ذلك القدر قد يدخل فيما بين تقويم المقوِّمين، فلم يُرَدَّ لهذه العلة.

وفي مسألتنا ينفسخ عقد الصلح بالرد، فهو كالبيع وسائر العقود التي تنفسخ برد البدل.

مسألة : [ظهور العيب في بدل الصلح بعد جنايةٍ عليه]

قال أبو جعفر : (ولو كان لمَّا قَبَضَ العَرْض لم يجد فيه عيباً، حتىٰ جنىٰ عليه جانٍ، فأخذ لها أرشاً، ثم اطلع علىٰ عيبٍ به قديم: فإنه يرجع بحصة العيب من الشيء الذي ادعىٰ علىٰ دعواه فيه).

وذلك لأن العقد ينفسخ في حصة العيب؛ لأنه لا سبيل له إلىٰ فَسْخ الملك في العَرْض لِمَا وَجَبَ من الأرش، علىٰ ما بيَّنَّا من مسائل البيوع.

كمن اشترىٰ عبداً، فقُطعت يده في يد المشتري، ثم اطلع علىٰ عيب: فإنه يرجع بأرش العيب، ولا يرد، إلا أنه إذا كان الصلح علىٰ إنكار: رَجَعَ في الدعوىٰ في حصة العيب.

مسألة : [الصلح مِن غير المدَّعىٰ عليه]

قال أبو جعفر : (وإذا ادعىٰ رجلٌ علىٰ رجل مالاً، فأنكره ذاك،

فصَالَحَه غيره[١] عنه بأَمْرِه: فالصلح جائز، والدراهم علىٰ الآمِر، لا علىٰ المصالِح.

وإن كان بغير أَمْرِه: فالصلح موقوف علىٰ إجازة المدَّعَىٰ عليه، فإن أجازه: جاز، وكانت الدراهم عليه، وإن لم يَقْبله وردَّه: بَطَلَ الصلح، وعاد المدَّعي علىٰ دعواه).

قال أحمد : إذا صالح عنه بأَمْرِه، فهو وكيل، ولا يلزمه ضمان المال؛ لأنه بمنزلة الوكيل بالخلع علىٰ مالٍ، والنكاح، وذلك لأن الصلح إبراء وإسقاطٌ للحق، علىٰ ما تقدَّم من بيانه فيما سلف.

ومعلوم أن البراءة ليست معنىٰ يصح انتقالها إلىٰ الوكيل، فصار كالوكيل بالعتق علىٰ مال، والطلاق علىٰ مال، والنكاح، إذ لم تكن هذه المعاني مما يصح نَقْله إلىٰ الوكيل، فصار الوكيل معبِّراً فيه وسفيراً، ولا يتعلق به شيء من حقوق هذه العقود.

وإذا صالح عنه بغير أمره: فهذا عقد موقوف، بمنزلة مَنْ طلَّق امرأةَ رجلٍ علىٰ مال، أو أعتق عبدَه علىٰ مال، أو زوَّجه، فيكون العقد موقوفاً علىٰ المعقود له ذلك، فإن أجازه: جاز، وكانت حقوق العقد متعلقة بالمجيز دون العاقد.

قال أحمد : قالوا: لو ضَمِنَ المصالِح المالَ، صح ضمانه ووقعت البراءة، كمَن خاطب رجلاً في طلاق امرأته علىٰ جُعْل، وضَمِنَه فيكون المال عليه بالضمان، وذلك لأن البراءة لا يحتاج في صحة وقوعها إلىٰ قبول المبرأ منه كالطلاق، وإنما يُحتاج إلىٰ القبول إذا

---

(١) فيكون غيره وكيلاً.

شُرِط فيها المال، ليسلِّم المال إلىٰ المبرَأ، فإذا كان هناك مَن صح عليه الضمان: تمَّ العقد.

* وإنما صح تبرع الغير بالضمان والأداء، لِمَا روي في حديث عَمْرو بن أبي عَمْرو عن عِكْرِمة عن ابن عباس «أن رجلاً لَزِمَ غريماً له بعشرة دنانير، فقال: والله ما عندي شيء أقضيكَه اليوم.

فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: هل تُنْظِره شهراً واحداً؟

قال: لا، قال: فأنا أَحْمِل بها، فتحمَّل بها رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فذهب الرجل، فأتاه بقَدْر ما وَعَده.

فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: مِن أينَ أصبتَ هذا الذهب؟ قال: من مَعْدِن[1].

قال: فاذهب، فلا حاجة لنا فيها، ليس فيها خير[2]، فقضىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عنه بغير أَمْرِه»[3].

فإذا جاز الضمان عنه بغير أمره، جاز الأداء.

ويدل عليه «حديث أبي قتادة في ضمانه لدينارَيْن عن الميت، حتىٰ

---

(١) واحد المعادن، وهي المواضع التي تُسْتَخْرَجُ منها جواهر الأرض، النهاية ١٩٢/٣.

(٢) «يشبه أن يكون ذلك لسببٍ عَلِمَه صلىٰ الله عليه وسلم فيه خاصة»، كما ذكر الخطابي في المعالم ٤/٥، وذكر احتمالات أخرىٰ.

(٣) سنن أبي داود ٦٢٢/٣، سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢، المستدرك ٢٩/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

صلَّىٰ عليه النبي عليه الصلاة والسلام»[١].

فاستدللنا بذلك علىٰ جواز الضمان عن الغير بغير أَمْره، وجواز الأداء أيضاً عنه بغير ضمان.

* * * * *

(١) صحيح البخاري ٤٦٦/٤، وستأتي فيما بعد قصة الحديث.

كتاب الحَوالة والكَفَالة والضَّمَان

مسألة : [الحوالة وشروطها]

قال أبو جعفر : (وإذا أحال رجلٌ رجلاً بمالٍ له عليه، علىٰ رجلٍ له عليه مثله، فرضي المُحال والمُحال عليه بذلك: فقد بريء المُحِيل من مال المُحْتَال، وصار ما للمحتال علىٰ المحتال عليه، ولم يكن للمحتال أن يرجع علىٰ المحيل بشيء، ما لم يَتْوَ[1] المالُ علىٰ المحتال عليه).

قال أحمد : الأصل في جواز الحوالة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَطْلُ الغني ظُلم، وإذا أُحِيْل أحدُكم علىٰ مليء فليَحْتَل»[2].

وفي بعض ألفاظه: «فليَتْبَع».

ومعنىٰ الحوالة: تحويل المال من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحتال، ومن أَجْلِ ذلك بريء المحيل، لاستحالة أن يكون محوَّلاً إلىٰ ذمة غيره باقياً في ذمته، إلا أن مِن شرط بقاء الحوالة بقاءَ ذمة المحتال عليه، وإمكان استيفائه منها.

وللمحتال أن يقبل الحوالة، وأن لا يقبل إن شاء؛ لأن له أن لا يُبرىء

---

(١) التوىٰ: مقصوراً: هلاك المال، مختار الصحاح (توىٰ)، وسيأتي ذكر وجوه التوىٰ.

(٢) تقدم.

الذمة التي فيها المال، ولا ينقله إلىٰ غيرها، لاختلاف أحوال الذِّمَم، كما أنَّ مَن له حقٌّ في عين، كان له أن لا ينقله إلىٰ غيرها.

ولا تصح أيضاً إلا بقبول المحتال عليه؛ لأنه لا يجوز للمحيل إثبات دَيْن في ذمة المحتال عليه لغيره، إلا برضاه.

وليس للمحال أن يرجِع علىٰ المحيل بشيء، ما لم يَتْوَ المال؛ لأنه لما أمكنه استيفاء دَيْنه من الذمة التي نقله إليها: لم يكن له سبيل إلىٰ إعادته في ذمة المحيل.

كمَن له علىٰ رجل مال، فاشترىٰ به منه عبداً، فقد نَقَلَ ما كان له في الذمة إلىٰ الغير.

ثم لا سبيل إلىٰ إعادته في ذمة البيِّع ما أمكن استيفاء العين علىٰ حسب ما اقتضاه العقد.

مسألة : [رجوع المحتال علىٰ المحيل عند هلاك المال]

قال أبو جعفر : (فإن تَوَىٰ المال علىٰ المحال عليه: رجع المحتال بمالِه علىٰ المحيل).

وإنما رجع فيه عند التَّوَىٰ، مِن قِبَل أنه لما شَرَطَ استيفاء الألف التي في ذمة المحال عليه عما كان له في ذمة المحيل، صار ذلك بمنزلة لو اشترىٰ به عبداً، أنه قد نَقَلَ حقه من الألف إلىٰ العبد، فإن سلَّم له العبد لم يرجع بالمال، وإن لم يسلِّم له العبد حتىٰ مات، أو تعذَّر تسليمُه عادت الألف التي قد برىء منها بعقد البيع في ذمته.

ويدل علىٰ ذلك قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «وإذا أُحيل علىٰ

مليء فليَتْبَع»[(١)]، فأمَرَه بالإتباع بشرط المَلاء، كأنه قال: فليَتْبَع ما دام مليًّا، فمتىٰ لم يكن مليًّا، وتَوَىٰ المال، كان له إتباع الأول، إذ كان الأمر بالإتباع تناوَلَ حال إمكان استيفاء المال من المحال عليه دون غيرها.

وشَرْطه المَلاء: يدل علىٰ براءة صاحب الأصل بالحوالة؛ لأن المال لو كان باقياً في ذمة الأول: لم يضره أن لا يكون مليًّا، إذ كان المال باقياً في ذمة الأول.

وليست الحوالة بمنزلة الرهن، في باب أن هلاكه يُسْقِط الدين، ولا يوجب له الرجوع علىٰ الراهن، مِن قِبل أنه قد حصلت له يدٌ مضمونة علىٰ الرهن، فصار مِن أجل ذلك في ضمانه، فلم تحصل للمحال يدٌ علىٰ المال باحتياله به، فلا يصير في ضمانه.

فإن قيل: ليست الحوالة بمنزلة البيع، وإنما هي تحويل المال إلىٰ ذمة الثاني، فتصير به في ضمانه.

والدليل علىٰ أنها ليست ببيع: أن بيعَ ما في ذمة الغير لا يصح، ولو كان بيعاً كان بمنزلة بيع ألف بألف، فكان لا يجوز له مفارقته قبل القبض، لأنه صرف.

قيل له: لم نَقُل إنها بيع فيلزم ما ذكرتَ، وإن كان مِن شَرْطها أن يسلِّم له ما في ذمة المحال عليه، وليس يقتضي ما قلنا أن يكون ذلك بيعاً.

ألا ترىٰ أن القرض ليس ببيع، ولو كان بيعاً، ما جاز له مفارقته حتىٰ يقبض ما عليه، ولا يخرجه ذلك من أن تكون الألف المقبوضة مضمونة عليه بألف مثلها بدلاً منها.

---

(١) تقدم في الصفحة السابقة.

والكتابة عقد معاوضة، وليست ببيع، وكذلك الإجارة، والنكاح والصلح من دم العمد، ونظائرها من العقود المعقودة علىٰ شرط سلامة الأبدال، فكذلك الحوالة، وإن لم تكن بيعاً فإن ذلك لا يمنع مِن أن يكون مِن شرط بقائها وصحتها إمكانُ استيفاء المال من جهة المحال عليه.

وعلىٰ أنَّا لو جعلناها كأنها هي الألف التي كانت للمحيل حوَّلها إلىٰ ذمة المحال عليه، لم يوجِب دخولها في ضمان المحال.

ألا ترىٰ أن رجلاً لو اشترىٰ من رجل عبداً، ووضعاه علىٰ يدي عَدْل حتىٰ ينقده الثمن، أن ذلك لا يوجب دخوله في ضمان المشتري وخروجه من ضمان البيِّع، فكذلك ما وصفنا.

وقد روي عن عثمان بن عفان أن المحال يرجع عند التوىٰ علىٰ المحيل، وقال: لا توىٰ علىٰ مال امرىء مسلم[1].

وروي نحوه عن شريح، ولا نعلم عن أحد من الصحابة خلاف ذلك.

فصل: [وجوه هلاك المال لرجوع المحتال علىٰ المحيل]

قال أبو جعفر: (والتوىٰ في قول أبي حنيفة رحمه الله يكون من أحد وجهين:

وهو أن يَجْحَدَ المحتالُ عليه الحوالة، ويحلف له عليها عند القاضي، ولا يكون للمحتال بها بيِّنة.

---

(١) سنن البيهقي ٦/٧١، وقد تكلم البيهقي في ثبوته عن سيدنا عثمان رضي الله عنه، وناقشه ابن التركماني في ذلك، وينظر: المحلىٰ ٨/١٠٩، وأما قول شريح الآتي ذكره فينظر له الجوهر النقي ٦/٧١ نقلاً عن الاستذكار.

أو: يموتَ المحتالُ عليه مُعْدماً لا يترك شيئاً فيه وفاءٌ بالدين الذي احتيل به عليه، ولا كفيل له بالمال.

فأيُّ هذَيْن الوجهَيْن كان، فإن للمحتال أن يرجع بماله علىٰ المحيل.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: أن التَّوَىٰ يكون من ثلاثة أوجه:

وجهان منها ما قال أبو حنيفة، والوجه الثالث: أن يُفْلِس المحتال عليه، ويقضيَ القاضي بعُدْمه، ويخرجه من السجن، فأيُّ هذه الثلاثة الأوجه كان: رَجَعَ المحتال بدَيْنه علىٰ المحيل).

وإنما كان الحَلِف والموت مع الإفلاس تَوَىً، مِن قِبَل أنه إذا حَلَف فقد انقطعت الخصومة فيما بينهما، وصار بريئاً من حقه في الظاهر، فتعذَّر استيفاء المال من جهته، فعاد المال علىٰ المحيل، بمنزلة إباق العبد المشترىٰ في يد بيِّعه، فللمشتري فيه فَسْخ البيع، والرجوع بالدين، لتعذُّر تسليم البدل.

وأما إذا مات مفلساً، فقد بطلت ذمته التي ثبتت فيها الحوالة، ولم يخلفها مالٌ للميت يتحول الدين فيه، فصار بمنزلة موت العبد في يد بيِّعه، فينفسخ البيع فيه، ويرجع المشتري بالدين الذي اشترىٰ به العبد.

وأما الإفلاس في حال الحياة، فإنه لا يَتْوَىٰ به المال، مِن قِبَل أن أبا حنيفة لا يرىٰ الإفلاس شيئاً، ولا يتعلق به حكم عنده.

ألا ترىٰ أنه لا يوجب الحَجْر عليه، ولا يَمنعه التصرف في ماله، فالذمة التي تحوَّل إليها المال باقيةٌ علىٰ ما كانت عليه، لم تبطل، ولم يحدث فيها عيب، فلذلك لم يرجع به.

* وأما أبو يوسف ومحمد، فمِن أصلهما أن الإفلاس يوجب كون الذمة معيبة؛ لأنهما يريان الحَجْر، ومَنْع التصرف لأجل الإفلاس فيمن

عليه دين، فلذلك كان للمحتال الرجوع علىٰ المحيل.

فصل: [الحوالة بغير أَمْر الذي عليه المال]

قال أبو جعفر: (وإن كانت الحوالة بغير أمر الذي كان عليه المال: جاز أيضاً، غير أن المحتال عليه إذا أدَّىٰ المال، لم يرجع علىٰ المحيل بشيء إن لم يكن عليه شيء، وإن كان له عليه مال: فماله بحاله).

وإنما جازت الحوالة بغير أمر الذي عليه المال؛ لأن براءته من المال ليست بموقوفة علىٰ قبوله، ألا ترىٰ أنه لو أبرأه من المال بغير حوالة، صحَّت البراءة، ما لم يفسخها بالرد، فإذا كانت حوالةً: احتِيْج فيها إلىٰ قبول المحال عليه؛ لأن المحيل لم يرض بإبراء صاحب الأصل إلا بضمان المحال عليه.

وهذا مثل الطلاق، أنه يصح وقوعه من جهة الزوج من غير قبول المرأة، فإن عَقَدَه بمال، لم يقع أو يحصل[1] له المال، فإن خالعه أجنبي بغير أمر المرأة، وضمن المال، صحَّ الخُلع، لصحة المال له بضمان الأجنبي.

والأصل في جميع ما قدَّمنا من جواز ضمان الأجنبي المال عن الذي عليه بغير إذنه، وجواز أدائه عنه متبرِّعاً به، ما ذكرنا من حديث ابن عباس وأبي قتادة[2].

---

(١) أي إلا أن يحصل.

(٢) المتقدم.

مسألة : [تصرف المحال والمحال عليه في مال الحوالة]

قال أبو جعفر : (وللمحال أن يصارف المحال عليه مما عليه، ويجوز إذا قبضه قبل الافتراق).

وذلك لأن دَيْن الحوالة ليس بمبيع في الذمة، ولا قَبْضه مستحق في المجلس، وكل ما كان هذا وصفه من الديون، جاز التصرف فيه قبل القبض، كالقرض، وثمن المبيع، والغصب، ونظائره من الديون، فلما لم يكن مِن شرط الحوالة قبض المال في المجلس، ولا كان معيَّناً في الذمة، جاز التصرف فيه قبل القبض بالصرف وغيره، إلا أنه في الصرف يحتاج إلىٰ قبض البدل في المجلس، كما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لابن عمر حين سأله فقال:

إني أبيع الإبل بالبقيع، فآخذُ بالدراهم الدنانير، وبالدنانير الدراهم، فقال: «لا بأس به ما لم تَفْتَرقا، وبينكما شيء»[1].

قال أحمد : وإنما يجوز التصرف في مال الحوالة قبل القبض فيما كان للمحيل والمحال أن يتصرفا فيه قبل الحوالة، وذلك مثل ثمن المبيع والقرض ونحوه، فإن كان أحاله بدَيْن لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، مثل السَّلَم، وثمن الصرف: فإنه لا يجوز للمحال أن يتصرف فيه قبل القبض، ولا يأخذ به شيئاً غيره، كما لم يجز له التصرف فيه قبل الحوالة.

مسألة : [الكَفَالة]

قال أبو جعفر : (وإذا ضمن الرجل للرجل مالاً عن رجل بأمره، ولا

---

(١) تقدم.

شيء للمضمون عنه علىٰ الضامن: فقد وجب الضمان، وللمضمون له مطالبة كلٍّ واحدٍ منهما).

قال أحمد : الأصل في جواز الكفالة قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الزَّعيم غَارِم»(١)، والزعيم الكفيل.

«وتحمَّلَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عشرةَ دنانير عن رجل»، في حديث عَمْرو بن أبي عَمْرو عن عكرمة عن ابن عباس(٢).

وفي حديث قَبِيْصة بن المُخَارِق الهِلاَلي قال: تحمَّلت حَمَالة، فأتيتُ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم أسأله فيها، فقال: أَقِمْ حتىٰ تأتِيَنا الصدقة، فنأمر لك بها، ثم قال: يا قَبِيْصة! إن المسألة لا تحلُّ إلا لأحدِ ثلاثة: رجلٌ تحمَّل حَمَالة، فحلَّت له المسألة حتىٰ يؤدِّيَها...»، وذكر الحديث(٣).

ولا يبرأ صاحب الأصل؛ لأنه لم تُشْرَط براءته، وليس في صحة ضمانه ما يبرىء صاحب الأصل.

والدليل عليه: حديث أبي قتادة، وهو ما حُدِّثْنا عن بِشر بن موسىٰ قال: حدثنا زكريا بن عدي، قال: وأخبرنا عبيد الله بن عمرو عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر قال: مات رجل فغَسَّلْناه وكفَّنَّاه، ووضَعْنَاه لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم حيث تُوضع الجنائز عند مقام جبريل، ثم آذنَّا رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم في الصلاة عليه، فجاء معنا خُطَىٰ ثم قال:

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) صحيح مسلم ٢/ ٧٢٢.

لعلَّ علىٰ صاحبكم دَيْناً؟ قالوا: نعم. ديناراَن، فتخلَّف.

فقال له رجل منَّا ـ يقال له أبو قتادة -: يا رسول الله! هما عليَّ.

فجعل رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يتوثَّق علىٰ أبي قتادة، ويقول: هما عليك، وفي مالك، وحقُّ الرجل عليك، والميت منهما بريء.

فقال: نعم، فصلَّىٰ عليه.

فجعل رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم إذا لقيَ أبا قتادة يقول: ما صَنَعْتَ في الدينارَيْن، حتىٰ كان آخر ذلك، قال: قد قضيناهما يا رسول الله، فقال: «الآن حين برَّدْتَ عليه جِلْدَه»[1].

فدل قوله: «الآن حين برَّدْتَ عليه جِلْدَه»: أن الميت لم يكن بَرِىءَ من الدَّيْن بنفس الضمان حتىٰ أُدِّي.

ويدل هذا الحديث أيضاً علىٰ جواز أداء المال وضمانه بغير أمر المضمون عنه.

فإن قيل: لو لم يكن بريء بضمانه، لما صلَّىٰ عليه.

قيل له: إنما صلَّىٰ عليه؛ لأنه صار بمنزلة مَن ترك وفاءً، «وقد كان النبي صلىٰ الله عليه وسلم في ذلك الوقت لا يصلي علىٰ مَن مات وعليه دَيْن لم يترك له وفاءً، ويصلي علىٰ مَن ترك وفاءً، ثم لما فَتَحَ الله تعالىٰ

---

(١) تقدم، وأنه رواه البخاري، لكنه لم يذكر هذه القصة، وقد ذكرها الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٨ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، مسند أحمد ٣/ ٣٣٠.

وذكره ابن حجر في الفتح ٤/ ٤٦٧-٤٦٨ ضمن زيادات الباب، فهو صحيح أو حسن علىٰ قاعدته.

الفتوح قال: أنا أَوْلىٰ بالمؤمنين مِن أنفسهم، فَمَن توفي من المؤمنين، فتَرَك دَيْناً، فعليَّ قضاؤه، ومَن ترك مالاً فلورثته»، كذلك ذكر أبو هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم[1].

فإن قيل: فقد قال في حديث جابر هذا: إنه صلىٰ الله عليه وسلم قال لأبي قتادة: هما عليك، والميتُ منهما بريء.

قيل له: معناه أنه يبرأ بأدائك، كما روي في حديث عثمان بن مَوْهَب عن ابن أبي قتادة في هذه القصة أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «هما عليك بالوفاء»[2]: يعني توفِّيه إياهما.

ويدل علىٰ أن الميت لم يكن بريء منهما: أن صاحب الدين لم يكن حاضراً فيبرأ به.

ويدل علىٰ أنه لم يبرأ: حديث عَمْرو بن أبي عَمْرو عن عكرمة عن ابن عباس حين «تحمَّل النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بعشرة دنانير، فجاء الرجل بذهبٍ من المعدن ليؤديَه، فقال: لا حاجة لنا فيه، فقضىٰ عنه»[3].

ولو لم يكن الدين باقياً، لقال للرجل: ليس عليك، وقد برئت.

فإن قيل: كيف يجوز أن يكون مال واحد في ذمة اثنَيْن؟

قيل له: لا يمتنع ذلك، ألا ترىٰ أن رجلاً لو مات، وتَرَكَ ابنَيْن وألفي درهم، فأخذ كلٌّ واحد منهما ألف درهم، واستهلكه، ثم أقام رجل البيِّنة

---

(١) صحيح البخاري ٤/٤٧٧، صحيح مسلم ٣/١٢٣٧.

(٢) سنن الترمذي ٣/٣٨١، وقال: حديث حسن صحيح، سنن النسائي ٤/٦٥.

(٣) تقدم.

أن له علىٰ الميت ألف درهم ديناً، أن له أن يطالب كلَّ واحد منهما بالألف، فصارت ألف واحدة، كلها في ذمة هذا، وكلها في ذمة الآخر.

وكذلك لو كاتَبَ عبدَيْن له علىٰ ألف درهم كتابةً واحدة، علىٰ أن كل واحد كفيل عن صاحبه، فالألف كلها علىٰ هذا، وكلها علىٰ هذا.

مسألة: [رجوع الضمين علىٰ المطلوب بما أدَّاه للطالب]

قال أبو جعفر: (فإن طالب به الضمين، فأداه إليه: فإن له أن يرجع به علىٰ المطلوب).

وذلك لأنه ضَمِنَه بأمره، فصار ذلك استقراضاً منه للمؤدي، ألا ترىٰ أن مَن قال لرجل: اقضِ فلاناً ما لَه عليَّ مِن دَيْن: أن ذلك بمنزلة قوله: ملِّكْني الألفَ التي في ذمتي، بألف تعطيها إياه، يكن لك عليَّ مثلها: فصار كعقد معاوضة.

مسألة: [لا يطالِب الضمينُ المطلوبَ قبل الأداء]

قال أبو جعفر: (وليس للضمين أن يطالب المطلوبَ بالمال قبل الأداء، ولكنه يطالبه بتخليصه مما أدخله فيه).

وإذا لم يكن له أن يطالبه بالمال قبل الأداء، لأنه لم يملكه بعد الدين الذي عليه للطالب في ذمته، فلم يكن في معنىٰ المستقرض: لم يكن له الرجوع عليه، إلا أن له مطالبته بتخليصه مما أدخله فيه؛ لأنه بأمره ضمنه.

فإن قيل: جواز عقد الشرىٰ بين الكفيل والمطلوب فيما ضمنه عنه، يدل علىٰ ثبوت المال عليه بعقد الكفالة.

قيل له: إنما جاز ذلك بوجود سبب ملك الدين في ذمته، وهو صحة الضمان بأمره.

وقد يجوز أن يقال: إن الضمين قد مَلَكَ المالَ علىٰ المطلوب حسب ما ملكه الطالب عليه، ولكنه لا يرجع عليه حتىٰ يؤدِّي، بمنزلة الدين المؤجل.

مسألة : [الضمان بغير أمر المطلوب]

قال أبو جعفر : (وإن كان الضمان بغير أمرٍ من المطلوب: لم يرجع عليه بشيء).

لأنه متبرع به.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم لأبي قتادة حين أدَّىٰ الدينارَيْن: «الآن برَّدْتَ عليه جلدَه»[1].

ولو كان ضمانه بغير أمره يوجب له الرجوع، لكان الدَّيْن باقياً لأبي قتادة علىٰ الميت، كما كان للطالب عليه، وهذا ينفيه قوله: «الآن برَّدْتَ عليه جلدَه»؛ لأنه يقتضي براءته من الدَّيْن، ولو كان دَيْن أبي قتادة باقياً عليه، لما كان قد برَّد عليه جلده.

مسألة :

قال أبو جعفر : (والكفالة والحمالة كالضمان في جميع ما وصفنا).

وذلك لأن هذه عبارات عن معنىٰ واحد، وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم في الذي عليه عشرة دنانير: «أنا أتحمَّل بها عنه»[2]، وفي حديث

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

قَبيصة بن المُخَارِق: «ورجلٌ تحمَّل حمالة»[١].

وكذلك القَبِيل[٢]، والضمين، والزعيم.

قال أحمد: ومِن الناس مَن يظن أن قوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[٣]: أن ذلك كفالة، وليس من الكفالة في شيء؛ لأن القائل لذلك مستأجِرٌ لمَنْ جاء به، وهو الذي يلزمه ضمان الأجر بعقد الإجارة، سواء شَرَطَ الضمان أو سكت، لقوله: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، يعني ضامن للأجرة التي عَقَدَ عليها لمَن جاء به، وليس ذلك كفالة، ولا ضماناً عن إنسان.

مسألة: [يُشترطُ في الكفالة قبولُ الطالب]

قال أبو جعفر: (ولا تجوز الكفالة إلا بقبول الطالب مخاطِباً له بذلك، إلا في خَصلةٍ واحدة، فإن أبا حنيفة كان يجيز الضمان فيها بغير قبول ممن ضَمِن له، وهي أن تحضر الرجلَ الوفاةُ، فيقول لورثته: إن عليَّ ديوناً فاضمنوها عني، فيضمنوها بغير مَحْضَرٍ مِن أهلها، ثم يموت الذي هي عليه: فيجوز الضمان في ذلك استحساناً.

وأما أبو يوسف ومحمد، فكانا يجيزان الكفالة بغير قبولٍ من المكفول له في جميع ما ذكرنا).

---

(١) تقدم.

(٢) القبيل: الكفيل، كما في المغرب ٢/١٥٦.

(٣) يوسف: ٧٣.

قال أحمد: محمدٌ مع أبي حنيفة، وأبو يوسف وحده[١]، قد ذَكَرَه محمد في الأصل، وفي غيره.

وما ذَكَرَه من قول أبي يوسف في جواز الضمان بغير قبول المضمون له: فإن محمداً قال في الأصل:

وقال أبو يوسف: تجوز الكفالة، وإن لم يحضر المضمون له.

وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: إن قول أبي يوسف: إن الكفالة موقوفة علىٰ إجازة المضمون له، وأن الخلاف بينه وبين أبي حنيفة إنما هو في: أنها تقف علىٰ قبول غائب عن المجلس أم لا؟

وقال في المختصر[٢]: وقال أبو يوسف: المريض في هذا وغيره سواء إذا ضمن رجل لرجل غائبٍ عنه، فبلغه ذلك، فرضي: فهو جائز.

قال أبو الحسن: يعني أن الضامن خاطب المكفول عنه في الضمان عنه للغائب، ويحتمل أن يكون معنىٰ ما ذكره محمد عن أبي يوسف في الأصل، أن الضمان جائز وإن لم يحضر الطالب، أنه واقع وإن كان موقوفاً علىٰ إجازة الطالب.

فأما وجه قول أبي حنيفة ومحمد: فهو أن الضمان عقد يقتضي قبول المضمون له كسائر العقود، وكل عقد اقتضىٰ قبولاً من غيره، فإنما يقف قبولُه علىٰ حاضرٍ في المجلس، كالنكاح والخلع والبيع، ونحوها من العقود، ولا تقف علىٰ غائب عن المجلس.

---

(١) ومثله في شرح الإسبيجابي ١/ لوحة/ ٢٢٥.

(٢) أي: مختصر الكرخي.

وأيضاً فلا سبيل له إلىٰ إثبات الدين للغائب في ذمته إلا بقبوله، كما لا يصح تمليكه الأعيان إلا بقبوله، وإن كان متبرّعاً بها كالهبة، والصدقة، ونحوها، فمِن حيث اقتضىٰ قبولاً من المضمون له، وَجَبَ أن يتعلق علىٰ المجلس، كما تعلق قبولُ الهبة ونحوها.

وأيضاً: فلو قضاه إياه بغير ضمان متبرعاً به، لم يصح قضاؤه له إلا بقبوله، فالضمان أَوْلىٰ بذلك، ولا خلاف في القضاء أنه لا يصح إلا بقبوله، وأن له أن يمتنع منه إذا لم يكن كفيلاً، قد ذكره محمد في كتاب الحوالة والكفالة.

* ووجه قول أبي يوسف: أنه جَعَلَ خطابَ الضمين المطلوب عقداً واقعاً موقوفاً علىٰ قبول الغائب، كما قال في عقد النكاح إذا عَقَدَه واحد علىٰ الزوجين، أن يكون موقوفاً علىٰ قبول الزوجين.

* وأما وجه قول أبي حنيفة في إجازته كفالة الوارث عن الميت لغرمائه في مرضه: فهو أن حق الورثة يثبت بالمرض في مال المريض، فيصير حال المرض كحال الموت فيما يتعلق به من حق الورثة.

ألا ترىٰ أن هبته تكون من الثلث، كأنها وصيةٌ أوصىٰ بها بعد الموت، فلما كان كذلك، وكانت الورثة إنما يخلفون الميت في ملكه، ويقومون في مقامه، بدلالة أنهم يردون بالعيب علىٰ بيع الميت: جاز ضمانهم، وقاموا فيه مقام الميت.

* **قال**: (والحوالة بمنزلة الكفالة في القبول).

علىٰ ما قدَّمنا؛ للعلة التي ذكرناها في الكفالة.

مسألة: [إبراء الطالب المطلوبَ براءة للكفيل أيضاً]

قال أبو جعفر: (وإذا أبرأ الطالبُ المطلوبَ من المال الذي كَفَل له

به، وقَبِلَ ذلك منه: بريء منه المطلوب والكفيل جميعاً).

قال أحمد: قَبِلَ أو سكت، فالبراءة واقعة ما لم يردَّها؛ لأنها إسقاطُ حقٍّ كالعتق والطلاق، إلا أنها يلحقها الفسخ، فتنفسخ بالردِّ، والطلاقُ والعتق لا ينفسخان بعد وقوعهما، فمِن هذا الوجه يختلفان.

فإذا أبرأ صاحبَ الأصل: بريء الكفيل؛ لأن صحة الكفالة متعلقة بصحة الأصل، لأنه لا تصح الكفالة بما ليس بمضمون علىٰ إنسان، فإذا أبرأ صاحبَ الأصل: بريء الكفيل.

وليس كالحوالة؛ لأنها تحويل المال من ذمته إلىٰ ذمة المحال عليه، فجاز أن يبرأ منها صاحبُ الأصل إذا شرط تحويله إلىٰ ذمة الغير.

* وسوَّىٰ زفرُ بين الحوالة والكفالة، فلم يُبْرِئ صاحبَ الأصل فيهما، واستشهد بالمسألة التي ذكرنا، مِن أن براءة صاحب الأصل توجب براءة الكفيل، فلا يصح ضمانه علىٰ الغير مع براءة الذي عليه الأصل، وقد بيَّنَّا وجه المسألة في أول الباب.

مسألة: [إبراء الطالبِ الكفيلَ دون المطلوب صحيح]

قال أبو جعفر: (ولو لم يُبرىء منه المطلوب، ولكنه أبرأ منه الكفيل، وقَبِل ذلك منه الكفيل: برأ الكفيل من المال، وكان للطالب أن يرجع بالمال علىٰ المطلوب، وسواء في ذلك قَبِل الكفيل البراءة، أو لم يقبلها).

قال أحمد: ليست صحة المال علىٰ صاحب المال متعلقة بصحته علىٰ الكفيل؛ لأن المال يصح ضمانه علىٰ صاحب الأصل من غير أن يكون به كفيل، وصحته علىٰ الكفيل متعلقة بصحة ضمانه في الأصل علىٰ المكفول عنه، فمِن أجل ذلك كان إبراؤه صاحبَ الأصل، موجِباً لبراءة الكفيل، ولم يوجب إبراءه الكفيلَ براءة صاحب الأصل.

وبراءة الكفيل واقعة وإن ردَّها، مِن قِبَل أنه ليس فيها تمليك؛ لأنها لو كانت موجبة للتمليك، لوجب أن يبرأ صاحب الأصل؛ لأنه غير جائز أن يملك ذلك المال غيرُه، وهو باق مع ذلك في ذمة صاحب الأصل، لأنه لا يجوز أن يبقىٰ له ملك فيما قد ملكه غيره.

ولما لم يقتضِ إبراء الكفيل تمليكاً بحال، كان بمنزلة البراءة من سائر الحقوق التي لا تمليك فيها، نحو البراءة من العيب، وإسقاط خيار الرؤية بعد رؤية المبيع، وتسليم الشفعة، والعفو من دم العمد، ونحو ذلك من الحقوق التي إذا أبرأ منها: لم تنفسخ بالرد.

وليس كذلك براءة صاحب الأصل، في باب أنها تنفسخ بالرد؛ لأن فيها تمليكَ أصلِ المال، فلذلك انفسخت بالرد.

مسألة : [تصدُّقُ الطالبِ أو هبتُه المالَ للكفيل]

قال أبو جعفر : (ولو لم يبرئه من المال، ولكنه وَهَبَه له، أو تصدَّقَ به عليه، وقَبِلَ منه الكفيل: جازت الهبة والصدقة، وللكفيل أن يرجع بالمال علىٰ المطلوب).

وذلك أن الهبة والصدقة من ألفاظ التمليك، ألا ترىٰ أنها تُملَك بها الأعيان، وليست البراءة كذلك، ألا ترىٰ أن الأعيان لا تُملك بلفظ البراءة.

وإذا كان كذلك، انتقل ملك المال إلىٰ الكفيل، وبرئ المطلوب من مال الطالب، وصار المال للكفيل.

وإنما جاز أن يملكه الكفيل، من قِبَل أن ذلك المال بعينه في ذمة الكفيل، فجاز تمليكه إياه، ورجع الكفيل بالمال علىٰ المطلوب، كما لو ملَّكه بالأداء، رجع به علىٰ المطلوب.

* **قال أبو جعفر** : (وإن لم يقبل الكفيل الهبة ولا الصدقة: بطلت،

وكانت الكفالة علىٰ حالها).

وذلك لأن الهبة والصدقة لما كانتا عقدَيْ تمليك، كان له أن لا يقبل، ويفسخها بالرد، وكانت الكفالة بحالها، والمال علىٰ حاله يأخذ به أيَّهما شاء.

مسألة: [تأخير الطالب مطالبةَ الكفيل لا يعتبر تأخيراً للمطلوب]

قال أبو جعفر: (وإذا أخَّر الطالبُ المالَ عن الكفيل: لم يكن تأخيراً عن صاحب الأصل، وإن أخَّر عن المطلوب: كان تأخيراً عن الكفيل).

وهذا علة ما بيَّنَّا في براءة صاحب الأصل، أنها توجب براءةَ الكفيل، ولا توجب براءةُ الكفيل إبراءَ صاحب الأصل.

فإن قيل: فقد يجوز أن يكون المال مؤجَّلاً علىٰ صاحب الأصل، حالاً علىٰ الكفيل، وهو أن يموت الكفيل فيحلَّ عليه المال.

وكالعبد المحجور عليه إذا أقرَّ بمال، أو الفقير، فيكفل به عنهما رجلٌ، فيكون المال علىٰ الكفيل حالاً، وعلىٰ العبد بعد العتق، وعلىٰ الفقير إذا وَجَد.

قيل له: إذا مات الكفيل، فإن الأجل حلَّ عليه من جهة الحُكْم، ولم يكن سقوطه من جهة مَن هو عليه، فصار كأنه أدَّاه في حياته حالاً، فلا يرجع به علىٰ صاحب الأصل إلا إلىٰ أجله.

فأما العبد المحجور عليه، فليس المال مؤجَّلاً عليه، ولكنه لا يطالَب به في الرِّقِّ؛ لأن الرِّقَّ مِلكٌ للمولىٰ، والعبدُ لا يملك شيئاً، فلم يجز إقراره علىٰ غيره، فهو بمنزلة الفقير الذي لا يملك شيئاً.

وكونه فقيراً: لا يوجب أن يكون المال مؤجَّلاً عليه؛ لأن المطالبة قائمة عليه في اللزوم.

مسألة :

قال : (وإذا صالح الطالبُ الكفيلَ مِن المال علىٰ بعضه: جاز).

قال أحمد : وهو علىٰ ثلاثة أوجه:

١- إما أن يوقع الصلح مُبْهَماً، فيقول: قد صالحتُكَ من المال علىٰ نصفه أو ثُلُثِه: فيجوز، فيبرأ الكفيل وصاحب الأصل من البقية.

٢- أو أن يقول: صالحتُكَ علىٰ أن تبرأ أنتَ من البقية: فهذا لا يوجب براءة صاحب الأصل.

٣- أو يقول: صالحتُك علىٰ أن تبرآ جميعاً من الباقي: فيبرآن جميعاً.

وذلك لأن المال مالٌ واحد، الذي علىٰ الكفيل هو الذي علىٰ صاحب الأصل، فإذا صالح من المال علىٰ البعض، فالظاهر أنه قد أسقط حقَّه من الباقي.

وإذا شَرَطَ براءتهما جميعاً: فكذلك.

وإذا شَرَط براءة الكفيل خاصة: لم يبرأ صاحب الأصل، إذ ليست صحة بقائه علىٰ صاحب الأصل متعلقة ببقائه علىٰ الكفيل، علىٰ ما بيَّنَّا.

مسألة : [ضمان العُهْدَة]

قال : (وقال أبو حنيفة ضمان العُهْدة[1] باطل).

---

(١) «تعهد الضيعة: أصلحها، وقولهم: عهدته علىٰ فلان من ذلك، لأن معناه: ما أدرك فيه من دَرَك فإصلاحه عليه». اهـ المغرب ٩١/٢، وفي المصباح المنير =

قال أحمد : العُهْدَة في كتاب الشرىٰ، وهو للمشتري، فهو بمنزلة مَن ضَمِنَ لرجلٍ مِلْكَه، وهذا باطل؛ لأن صحة الضمان إنما تتعلق بما كان مضموناً علىٰ إنسان، فيضمنه الكفيل عنه، وكتاب الشرىٰ ليس بمضمونٍ علىٰ أحدٍ فيضمنه الكفيل.

وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: إن حَمَلْنَا الضمان علىٰ هذا المعنىٰ: بَطَل، وصار لَغْواً، فَحَمَلاه علىٰ ضمان الدَّرَك[1] فيما عقد عليه الشرىٰ، ليصح معنىٰ الضمان، ولا يصير لغواً.

مسألة : [صحة الكفالة بالمجهول، وإلىٰ الأجل المجهول المتعارف]

قال أحمد : والكفالة تتعلق علىٰ الأخطار، وتصح في المجهول، وإلىٰ الآجال المجهولة التي لها سبب في المال، أو جَرَت العادة من الناس بمثلها.

فأما تعلُّقها علىٰ الأخطار، فنحو قوله: ما بايعتَ به فلاناً من شيء: فهو عليَّ.

و: إن لم يوفِّك فلانٌ اليومَ ما لَكَ عليه: فهو عليَّ.

وبالمجهول أن يقول: ما لَكَ علىٰ فلان: فهو عليَّ.

والأجل المجهول: إلىٰ الحصاد والدِّيَاس، وإلىٰ قدوم فلان، وهو الذي عليه الأصل، أو: هو كفيل عنه: فهي جائزة إلىٰ هذه الآجال؛ لأنها

(عهد): «وقولهم: عهدته عليه من ذلك، لأن المشتري يرجع علىٰ البائع بما يدركه، وتسمَّىٰ وثيقة المتبايعين». اهـ.

(١) هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، كما في شرح الإسبيجابي ١/ لوحة /٢٢٦، وقد تقدم.

أسباب قد يتعلق بها إمكان الأداء.

ولو جعل أجلها إلىٰ أن تُمْطِر السماء، أو تهبَّ الريح: لم يكن ذلك أَجَلاً، وكان المال حالاً عليه، وذلك لأن هذه الآجال ليس لها سبب في إمكان الأداء، ولا يتعارفها الناس آجالاً.

والأصل في جواز تعلُّقها علىٰ الأخطار: اتفاق الفقهاء[1] علىٰ جواز ضمان الدَّرَك، وهو خَطَر، لجواز كون[2] الاستحقاق أو عَدَمِه، وإذا جازت علىٰ الأخطار، جازت بالمجهول، وإلىٰ الآجال المجهولة؛ لأن كل ما كان تعلُّقه علىٰ خطر، جاز في المجهول، وإلىٰ أجل مجهول، كالطلاق والعَتَاق ونحوهما.

وبهذا المعنىٰ فارقت البيوع؛ لأن لها أصلاً آخر، وهو قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَنْ أسلم فليُسْلِم في كيلٍ معلوم، ووزنٍ معلوم، إلىٰ أجل معلوم»[3].

ونهىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع الغرر[4]، وسائر الأخبار الواردة في هذا المعنىٰ.

* * * * *

---

(١) المغني ٥/٧٦-٧٧.

(٢) أي لجواز وجود الاستحقاق، أو عدم وجوده.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.



كتاب الشَّرِكَة

مسألة : [وجوه الشركة]

قال أحمد[١]: الشركة علىٰ وجهَيْن: شركة العقود، وشركة الأملاك.

فأما **شركة الملك**، فهي مثل العبد بين رجلين، أو الدار ونحوها، أو دَيْنٍ بين رجلين لهما علىٰ رجل من ثمن عبدٍ باعاه صفقةً، أو غَصَبَه رجل فاستهلكه، فهما شريكان في الدَّيْن، يقبضه أحدهما، شَرَكَه الآخرُ فيه.

وأما **شركة العقود**، فهي علىٰ ضربَيْن: شركة الأموال، وشركة الأبدان.

وشركة الأموال تنقسم إلىٰ ثلاثة أقسام:

أحدها: شركة المفاوضة، والثاني: شركة عِنَان، والثالث: شركة الوُجُوه.

فأما **شركة الأبدان** فهي علىٰ وجهين: منها مفاوضة، وغير مفاوضة.

[١- شركة المفاوضة :]

فأما شركة المفاوضة في الأموال، فإنها تنتظم الكفالة فيما يتعلق

(١) بيَّن الجصاص هنا أولاً أصول الشركة وأنواعها وتعريفها وشروطها، ثم بعد ذلك شَرَعَ في شرح كلام الطحاوي في مختصره، كما سيصرِّح بهذا بعد سبع صفحات.

بالتجارة، والوكالة العامة في التصرف، والخصومةِ والمساواة في جميع ذلك، وفي مِلْك ما يصح انعقاد الشركة عليه، وهو الدراهم والدنانير، وأن يكون جميع المال الذي تنعقد عليه الشركة داخلاً في شركتهما.

ولا تنعقد إلا بذكر لفظ المفاوضة مع ذلك في عقد الشركة، وذلك مروي عن أصحابنا.

ومتىٰ فُقِدَ شيءٌ من هذه الشروط التي ذكرنا: لم تكن مفاوضة، وكانت شركة عِنَان.

وقد قيل: إن المفاوضة أصلها المساواة، كما قال الأَفْوَه الأَوْدِي[1]:

لا يَصْلُحُ الناسُ فَوْضَىٰ لا سَرَاةَ لهم ... ولا سَرَاةَ إذا جُهَّالُهم سادُوا

وقيل: إنها من التفويض، وهو أن كل واحد منهما يفوِّض أمرَه في التصرف في التجارة والخصومة وما يتعلق بها إلىٰ صاحبه، وأقامَه في ذلك مقام نفسه.

وقد روي جواز شركة المفاوضة عن الشعبي[2] وابن سيرين وغيرهما[3].

---

(١) اسمه ملاءة بن عمرو، شاعر يماني جاهلي، من بني أود، قالوا: لُقِّب بالأفوه، لأنه كان غليظ الشفتين، ظاهر الأسنان، كان سيدَ قومه وقائدَهم في حروبهم، ومن أشهر شعره أبياته التي منها: لا يصلح الناس.... ، توفي نحو سنة ٥٠ قبل الميلاد، كما في الشعر والشعراء، لابن قتيبة ١/٢٢٣، الأعلام ٣/٢٠٦، والبيت مذكور في الشعر والشعراء.

(٢) عامر بن شراحيل، الإمام الحافظ الفقيه، علامة التابعين، توفي بعد المئة، وله نحو من ثمانين سنة، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١/٧٩.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٨/٢٥٨-٢٥٩.

* وإنما جازت شركة المفاوضة؛ لأنها منتظمة لمَعَانٍ، لـو أُفْـرِدَ كـلُّ واحدٍ منها، وعُقِدَ عليه: جاز، وهـي الكفالـة والوكالـة في التـصرف وفي الخصومة، والشركة، والمساواة في ذلك.

فإن قيل: لو قال رجل لرجل: مَنْ بايعتَ من الناس فأنا ضامنٌ لـذلك: لم يصح الضمان علىٰ هذا الوجه، فكيف تنعقد عليه المفاوضة؟.

وكذلك الوكيل بالخصومة، لا يصح إقراره عنـد غـير القاضـي، وقـد أجزتَ إقرارَ أحدِ المتفاوضين علىٰ صاحبه عند غير قاض.

قيل له: قد يجوز أن يتعلق بعقد المفاوضة من هذه المعاني ما لو أفرده لم يصح.

ألا ترىٰ أن المضاربة، تحتَها وكالةٌ بالبيع، وما يتعلـق بالمـضاربة مـن الوكالة لا يصح إفرادها؛ لأن المضارِب يجوز له بيع ما يشتريه، ولا يعمل نهيُ ربِّ المال بعد الشرىٰ، والوكالة المفـردة مِـن غـير جهـة المـضاربة، يصح فيها النهي عن البيع بعد الشرىٰ.

وكذلك لو دَفَع إلىٰ رجلٍ مالاً مضاربة بالنـصف جـاز، وتعلَّقـت بهـا الوكالة في الشرىٰ والبيع.

ولو قال له: قد وكلتُك. وسَكَتَ، لم ينتظم ذلك جواز البيع والشرىٰ، فصار ما يتعلق باللفظ من طريق الحُكْم مخالفاً لما تفرَّد به، ألا ترىٰ أنـه لا يجوز البيع علىٰ شرط خيارٍ مجهول المدة، ولو باع عبداً، فاطَّلعَ المشترِي علىٰ عيب، كان له خيار الرد بالعيب، وهو مجهول المدة.

وكذلك لو اشترىٰ إبريقَ فِضة بمائة دينار، وافترقا، ثم وَجَدَ بـه عيبـاً، كان له الخيار في الرد، ولم يبطل العقد لأجل ما لَه فيـه مـن الخيـار، ولم يكن ذلك بمنزلة خيار الشرط.

فدلَّ ذلك علىٰ أنه قد يجوز أن يتعلق بعقد المفاوضة من الكفالة والوكالة ما لا يصح إفراده لو انفرد عن المفاوضة.

* وإنما قلنا إنها تنتظم كفالةً عامة فيما يتعلق بالتجارة، وكان ضمنه ضمان التجارة، لئلا تدخل أُرُوْشُ الجنايات، ومهر المرأة، ونحوها في الضمان، إذ كان ذلك مما لا[1] يتعلق بالتجارة، ولا يصح فيه عقد الشركة.

* وشَرَطْنَا إفساد المفاوضة بزيادة المال الذي تصح فيه الشركة؛ لأنه لو وَرِثَ عروضاً، لم تفسد المفاوضة، ولو وَرِثَ دَيْناً لم تفسد حتىٰ يقبض، لأن العروض والدَّيْن لا تصح فيهما المفاوضة.

[٢- شركة العِنَان:]

وأما شركة العِنَان، فهي أن تُعقد شركةٌ علىٰ مال، يُخْرِجه كل واحد منهما، علىٰ أن يشتريا ويبيعا في التجارات كلها، أو في نوعٍ خاص، فهذا جائز، وهما شريكا عِنَان، وكلٌّ واحد منهما يجوز تصرفه علىٰ صاحبه، كما يجوز تصرف المضارب.

ويجوز فيها شرط زيادة الربح لأحدهما، وسواء خَلَطَا المالَيْن، أو لم يخلطا، وسواء تساويا في رأس المال، أو تفاضلا فيه، فهو جائز.

ولا خلاف بين الفقهاء[2] في جواز شركة العِنَان، وهو مما أَقَرَّ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم الأُمَّةَ عليه؛ لأن أهل كل عصر لم يخلو من ذلك، كالمضاربة، فصار أصلاً بإقرار النبي صلىٰ الله عليه وسلم الأُمَّةَ عليه، من

(١) (لا): ساقطة من الأصل، والمعنىٰ يقتضيها.

(٢) المغني ٥/١٢٤.

غير نكيرٍ علىٰ فاعله.

وحدثنا دعلج بن أحمد قال: حدثنا وُهَيْب قال: حدثنا عبد الله بن عثمان عن مجاهد «عن السائب بن أبي السائب أنه كان يشارك النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم في أول الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح قال: مرحباً بأخي وشريكي، لا يدارِي ولا يمارِي، يا سائب! قد كنتَ تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تُقْبَل منك، وكان ذا سَلَف وصِلَة، وهي اليوم تقبل منك»[1].

وهي تنتظم الوكالةَ في التصرف في المال الذي عَقَدَا فيه الشركة، واستحقاقَ الربح دون أن يكون واحد منهما خصماً عن صاحبه، أو ضميناً له في شيء من ذلك، كالمضارب سواء.

[وَجْه تسمية شركة العِنان:]

وقيل: إن قولَهم شركةُ عنان، مأخوذٌ من عِنان الدابة، فإن الراكب يشغل إحدىٰ يديه بالعِنان، والأخرىٰ يصرفها كيف يشاء في غيره، كذلك شريكُ العِنان، يتصرف من وجهٍ في مال الشركة، ويتصرف مع ذلك لنفسه

(١) سنن أبي داود ١٧٠/٥، سنن ابن ماجه ٧٦٨/٢، المستدرك ٦١/٢، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، مسند أحمد ٤٢٥/٣، سنن البيهقي ٧٨/٦.

قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ١٨٨/٧: «هذا الحديث اختُلف في إسناده اختلافاً كثيراً، وذكرَ ابن عبد البر أن هذا الحديث مضطرب جداً، منهم مَن يجعله للسائب، ومنهم مَن يجعله لأبيه، ومنهم مَن يجعله لعبد الله بن السائب، وهذا اضطراب لا تقوم به حجة».اهـ، ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤٧٤/٣ نحوه عن السهيلي في الروض الأُنُف.

كيف شاء في غير مال الشركة.

وحُكِيَ لنا عن أبي جعفر بن أبي عمران[١] أنه قال: قيل لأبي عاصم النبيل[٢]:

ما معنىٰ شركة العِنان؟ فقال: كلمةٌ تطرَّف[٣] بها أهلُ الكوفة، لا أصل لها في اللغة.

قال أبو بكر: وهي مشهورة في اللغة، قال النَّابغة الجَعْدِي[٤]:

وشَارَكْنَا قريشاً في تُقَاهَا وفي أَحْسَابِها شِرْكَ العِنَانِ

بما وَلَدَت نساءُ بني هلالٍ وما وَلَدَت نساءُ أبي أَبَانِ

---

(١) أحمد بن أبي عمران البغدادي، الفقيه المحدث الحافظ، شيخ الحنفية، كان من بحور العلم، وهو من أخص شيوخ الطحاوي، توفي سنة ٢٨٠هـ، له ترجمة في سير الذهبي ١٣/٣٣٤.

(٢) هو الضحاك بن مخلد الشيباني البصري، الحافظ شيخ الإسلام، كان ثقة فقيهاً، وكان يلقب بالنبيل: لنُبْله وعقله، توفي بالبصرة سنة ٢١٢هـ، وعاش تسعين سنة، كما في تذكرة الحفاظ للذهبي ١/٣٦٦.

(٣) أي استحدثها أهل الكوفة، كما في مختار الصحاح (طرف).

(٤) هو قيس بن عبد الله الجعدي رضي الله عنه، وهو صحابي، قدم علىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، ومدحه، ودعا له صلىٰ الله عليه وسلم، ونقل الزبيدي في تاج العروس (نبغ) عن الصاغاني أنه أشعر من النابغة الذبياني، توفي بأصبهان سنة ٥٠ للهجرة، وقد تجاوز المائة، له ترجمة في الشعر والشعراء، لابن قتيبة ١/٢٨٩، الإصابة ٣/٥٣٧، الأعلام ٥/٢٠٧، والبيتان عزاهما ابن منظور في لسان العرب (عنن) للنابغة الجعدي أيضاً.

وقيل: إن شركة العنان مأخوذة من قولهم: عَنَّ ليَ الشيء: أي ظَهَرَ لي، كما قال امرُؤ القيس[1]:

فَعَنَّ لنا سِرْبٌ كأنَّ نِعَاجَه عَذَارىٰ دَوَارٍ في مُلاَءٍ مُذَيَّل

فكأنهما لما ظَهَرَ لهما العقد علىٰ التصرف في جهةٍ دون غيرها، سمَّوْها شركةَ عِنان[2].

* وقد تكون شركة عنان، بأن يكون المال مِن عندهما جميعاً، والعمل علىٰ أحدهما خاصة، فتجوز حينئذ بشرط فَضْل الربح للعامل، لأجل عمله، ولا تجوز بشرط فضل الربح للذي لم يعمل؛ لأنه لم يُشْرَط عمل، فهو إنما يستحق الربح بمقدار ملكه فحسب.

[٣- شركة الوجوه:]

وأما شركة الوجوه، فهي أن يشتركا من غير مال، علىٰ أن ما اشترياه من شيء، فهو بينهما نصفين، أو علىٰ الثلثين والثلث، ونحو ذلك: فهذا جائز.

---

(١) امرؤ القيس بن حجر الكندي، أشهر شعراء العرب، ويعرف بالملك الضليل، وكُتُب الأدب مشحونة بذكره، توفي سنة ٨٠ قبل الهجرة المصطفوية، له ترجمة مطولة في الشعر والشعراء، لابن قتيبة ١/١٠٥، الأعلام ٢/١١.

والبيت في ديوان امرئ القيس من رواية الأصمعي بشرح الأعلم يوسف بن سليمان الشنتمري، وقد قال في شرحه: «قوله: فعنَّ لنا سرب: أي عَرَض لنا قطيعُ بقر، وشبَّه إناثه بجَوارٍ أبكار يطفن بدُوَار، وهو صنم لأهل الجاهلية يدورون حوله، والملاء: الملاحف، والمذيل: الطويل المهدب، شبّه البقر في مشيتهن وطول أذنابهن وبياضهن بالعذارىٰ في الملاء المذيل».اهـ

(٢) ينظر تاج العروس (عنن).

وكـذلك إن اشـتركا في نـوعٍ خـاص مـن التجـارات: جـاز أيـضاً، ويستحقَّان الربحَ علىٰ قَدْر المِلكَيْن، ولا يجوز لأحدهما أن يـستحق ربـح شيء من ملك صاحبه.

وهي مخالِفةٌ لشركة العنان من هذا الوجـه، وذلـك لأن هـذه الـشركة ليست معقودة علىٰ العمل، لأن ما انعقد من الشركة لا يـصح إلا في مـال خاص، بمنزلة المضاربة، ولما صحت بغير مـال حاضـر لهمـا، دلَّ علـىٰ أنها ليست معقودة علىٰ العمل، وإنما هي وكالة، فلا يجـوز لأحـدهما أن يستحق ملك صاحبه، بمنزلة رجل قال لرجل: اشترِ لنفسك عبداً علـىٰ أن ربحه بيني وبينك، فلا يصح هذا الشرط، ولا يكون ذلك مضاربة، كذلك شركة الوجوه بهذه المَثَابة.

ولا يلـزم واحـداً منـهما ضـمان مـا لَـزِم صـاحبه إذا لم يـشرطا فيهـا المفاوضة، وذلك لأن هذه الشركة غير مفتقـرة إلىٰ الـضمان في صـحتها، ولم يكن في عقد الشركة ضمان، وإنما هي وكالة علـىٰ مـا بيَّنَّـا، فلـذلك انتفىٰ عنها الضمان، وتفضيل الربح.

وقد تصح المفاوضة في شركة الوجوه، رواه أبو الحسن عنهم[(١)].

[٤- شركة الأبدان:]

وأما شركة الأبدان، فهي أن يشتركا علىٰ أن يتقبَّلا الأعمـالَ، أو نوعـاً منها، علىٰ أن ما رَبِحَا كان بينهما نصفين: فهو جائز.

وكذلك إن كان أحدهما خيَّاطاً، والآخر قـصَّاراً[(٢)]، كمـا لـو اشـتركا

(١) أي أبو الحسن الكرخي عن أصحاب المذهب.

(٢) قَصر الثياب: أي يجمعها القصار، فيغسلها، كما في المغرب ٢/١٨٠، وفي =

شركة عِنان، ولأحدهما دراهم، وللآخر دنانير.

ويجوز أن يُشْرَط لأحدهما من الفضل أكثر مما شُرِط للآخر، فإن شَرَطَا أن يكون ما تقبَّلاه فعلىٰ أحدهما ضمان ثلثه، وعلىٰ الآخر ضمان الثلثين: جاز الشرط علىٰ ما عَقَدَاه، ويكون الربح بينهما علىٰ ما اشترطا، والوضيعة عليهما علىٰ قدر الضمان.

* وجَعَلَ محمدٌ ذلك بمنزلة شركة العِنان في المال المعيَّن منهما إذا اشترطا لأحدهما فَضْلَ الربح لأجل عمله جاز، والوضيعة علىٰ قَدْر رأس المالين، لا غيره.

* وإذا دَفَعَ رجل إلىٰ أحد الشريكين عملاً، فله أن يأخذ بالعمل أيَّهما شاء، ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل، وإلىٰ أيِّهما دَفَعَ صاحبُ العمل: برىء.

وعلىٰ أيِّهما وجب ضمان العمل، كان له أن يطالب الآخر وإن لم يتفاوضا، وإنما اشتركا شركة مبهمة، وهي استحسان، ذكر ذلك أبو الحسن من قول أصحابنا.

* **قال أحمد** : شركة الأبدان معقودة علىٰ الضمان؛ لأنها لا تصح إلا بالضمان، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن تقول: تقبَّلْ أنتَ بعمل، علىٰ أن يكون ربحه لي، وليس لهما مال يستحقان الربح عليه، فإذا لم يكن هاهنا وجه يجوز أن يستحق عليه الربح غير الضمان، صار عقدهما الشركةَ متضمِّناً للضمان، وموجِباً له من حيث لا يصح إلا به، وقد قُصِد إلىٰ تصحيحها.

وليست شركة الأبدان في هذا، مثلَ شركة الوجوه والعِنان؛ لأن شركة

المصباح المنير (قصر): قصرت الثوب قصراً: بيَّضْتُه، والفاعل قصَّار.

الوجوه غير مفتقرة إلىٰ الضمان، إذ قد صحت بغيره، وهي حصول ملك ما يُشترىٰ.

وكذلك شركة العنان قد تعلقت بنفس المال المشار إليه من كل واحد منهما.

وليس في شركة الأبدان مال، ولا مِلْكَ لواحدٍ منهما، فَوَجَبَ أن يكون المعنىٰ الذي انعقدت عليه الشركة وصح به الربح لكل واحد منهما فيما تقبَّله الآخر هو الضمان.

* وإنما جاز شرط التفاضل في الربح في شركة الأبدان: لأجل فَضْل بصره في العمل، وقد انعقدت الشركة علىٰ العمل مع الضمان، فصارت كشركة عنان.

* وتجوز عندهم شركة الأبدان علىٰ عمل بأبدانهم مختلِف، وهي مثل شركة عنان، علىٰ أن يتَّجر أحدُهما في الدقيق، والآخر في البُرِّ.

* وتجوز المفاوضة في شركة الأبدان، كما تجوز في شركة الأموال.

فصل: [وجوه استحقاق الربح]

قال أحمد: ولا يجوز استحقاق الربح إلا بأَحَد وجوهٍ ثلاثة: إما بالمِلْك، أو بالعمل، أو بالضمان.

فاستحقاقه بالعمل والمِلْك، مثل ما يستحقه المضارِبُ لأجل عمله، وربُّ المال لأجل ملكه.

وأما استحقاق الربح بالضمان، فهو ما يستحقه كل واحد من شريكَيْ شركة الأبدان وإن لم يعمل، بحصول العمل في ضمانه.

قال أحمد : وقد بيَّنَّا أصول الشركة، فلنذكر مسائل الباب، ونجريها عليها.

مسألة :

قال أبو جعفر : (وتصح المفاوضة وإن لم يَخلِطَا المالَين).

وذلك لأن هذه الشركة تعلقت صحتُها بالعقد، علىٰ حسب ما تصح الوكالة والمضاربة، فلا تفتقر في صحتها إلىٰ خَلْط المال.

مسألة : [الميراث لا يدخل في المفاوضة]

قال : (وإن وَرِثَ أحدهما، كان له خاصة، ولا تَفسد به المفاوضة حتىٰ يقبضه).

قال أحمد : الميراث لا يدخل في المفاوضة، لأنه لا يُسْتَحق بالعقد، وإنما يُستحق بالنسب ونحوه من الأسباب الموجِبة له.

وأيضاً: فلا يصح أن يستحقه بالوكالة، فلا يدخل في المفاوضة.

ولا تفسد المفاوضة إذا كان الذي وَرِث دراهمَ أو دنانير حتىٰ يقبض؛ لأنها في الأصل لا تنعقد إلا علىٰ مالٍ حاضر، فلا تَفسد حتىٰ تصير في يده، بحيث يصح عقد الشركة فيه.

مسألة :

قال : (ويجوز إقرارُ كلٍّ واحدٍ منهما علىٰ نفسه في أسباب المفاوضة، ويلزم الشريك).

لما بيَّنَّا مِن أنها تقتضي وكالةً عامة في هذه الوجوه.

مسألة :

قال أبو جعفر : (وتجوز شركة العنان مع التفاضل في الربح).

وذلـك لأنـه يجـوز[١] أن يـشترطه لـه، لأجـل عملـه، كمـا يـستحقه المضارب.

قال أحمد: وقال زفر: لا يجوز شرط تفضيل الربح في شركة العنان؛ لأنه شريك في الربح بمنزلة الأَجْـر، فـلا يـستحقه الـشريك، كطعـامٍ بـين رجلَيْن استأجر أحدُهما صاحبَه لحَمْلِه.

قال أحمد: لو صـح هـذا الاعتبـار، لم يـصح للمـضارب اسـتحقاق الربح؛ لأنه يصير شريكاً بـأول جـزء مـن الـربح، فيكـون عـاملاً في مـال نفسه، ومال غيره.

وأيضاً: فليس ربح الشريك مستَحَقّاً علىٰ وجه الأجرة؛ لأنـه لـو كـان كذلك، يُجبر علىٰ العمل، ولَمَا كان له فَسْخها إلا من عُـذْر، فـدلَّ ذلـك علىٰ جواز شَرْط فضل الربح في شركة العنان.

مسألة: [إقرار أحد المتفاوضَيْن بدَيْن]

قال أبو جعفر: (وما أقرَّ به كل واحد منهما من دَيْن بـسبب الـشركة، فإنه يلزمه دون صاحبه).

وذلك لأنه بمنزلة الوكيل في الشرىٰ، وليس بوكيلٍ في الخصومة، فلا يجوز إقراره علىٰ الموكِّل.

مسألة: [مفاوضة المسلم مع الذمِّي]

(وجائز أن يتعاقَدَها المسلم والذمِّي، ويُكْرَه ذلك للمسلم).

---

(١) في الأصل (لا يجوز).

وروي كراهة ذلك عن ابن عباس[1]، وذلك لأن الذمي يستحلّ ما لا يستحلُّه المسلم من العقود الفاسدة.

مسألة : [مفاوضة الحرِّ والعبد]

قال : (وجائز أن يتعاقدها الحُرُّ والعبد المأذون له في التجارة، والصبيُّ المأذون له في التجارة).

وذلك لما وصفنا من أنها في معنىٰ المضاربة والوكالة.

مسألة : [شركة الأبدان]

قال أبو جعفر : (وشركة الأبدان جائزةٌ فيما تصح فيه الوكالة، ولا تجوز فيما لا تجوز فيه الوكالة.

قال : وتفسير ذلك أنه يجوز للرجل أن يوكِّل صاحبَه بالابتياع له، وبالاستئجار عليه، ولا يجوز له أن يوكِّل صاحبه بالاصطياد له، فما جاز فيه الوكالة من ذلك: جازت فيه الشركة، وما لم تَجُزْ فيه الوكالة من هذا، لم تَجُزْ فيه الشركة).

قال أحمد : وذلك لأن التصرف في الشركة إنما هو علىٰ جهة الوكالة، فلذلك اعتُبر فيه الوكالة.

وفيه وجه آخر: وهو أن الاصطياد والاحتطاب، إنما يقع في أشياء مباحة الأصل، لا مِلْك فيها لواحدٍ منهما، ولا ضمان، ولا تصح الشركة إلا علىٰ ملكٍ أو ضمان، فلما عَرِيَ ذلك من الوجهين جميعاً: لم تصح الشركة.

---

(١) سنن البيهقي ٥/ ٣٣٥.

والخياطة، والصبغ، والقصارة، فيها ضمان العقد، فصحَّت الشركة فيها.

مسألة : [الشركة في الصناعات]

قال أبو جعفر : (وللرجلين أن يشتركا في صناعة واحدة، أو صناعتين مختلفتين، ولا يجوز في هذا أن يفضُلَ أحدُ الشريكين صاحبَه في الربح كما يجوز في شركة العنان).

قال أحمد : إن أراد بقوله: لا يجوز تفضيل أحدهما علىٰ الآخر في الربح في شركة الوجوه، وأراد بالصناعتين: نوعين من التجارة، نحو البُرِّ والدقيق: فالجواب صحيح، لا يجوز فيه تفضيل أحدهما في الربح علىٰ مقدار ملكه.

وإن أراد به شركة الأبدان: فليس كذلك؛ لأن مِن أصلهم جواز التفضيل في الربح في شركة الأبدان.

مسألة : [عدم جواز شركة العنان بالفلوس]

قال أبو جعفر : (ولا تجوز شركة العنان إلا علىٰ الدراهم والدنانير في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: تجوز بالفلوس، ثم رَجَعَ فقال لا تجوز، وقال محمد: هي جائزة بالفلوس).

قال أحمد : ذكر محمد في كتاب المضاربة: أن المضاربة لا تجوز بالفلوس في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: تجوز.

وحكىٰ ابن شجاع[1] عن أبي يوسف أن الشركة جائزة بالفلوس، ولا

---

(١) هو محمد بن شجاع الثلجي البغدادي الفقيه، كان من بحور العلم، له كتاب =

تجوز المضاربة.

ففرَّق بين الشركة، والمضاربة في رواية ابن شجاع، وعلىٰ ما ذكره أبو جعفر من قوله الأخير لم يفرِّق.

* وإنما لم تجز الشركة بالعروض، مِن قِبَل أنها تقتضي الوكالة، علىٰ الحد الذي بيَّنَّا فيما سلف من الباب، فالوكالة لا تصح علىٰ هذا الوجه؛ لأنه لا يجوز أن تقول له: بِعْ عبدَك هذا علىٰ أن يكون بيني وبينك، فكذلك الشركة لا تصح بالعروض، إذ هي متضمنة للوكالة علىٰ هذا الوجه، وليس كذلك الدراهم والدنانير؛ لأنه تصح الوكالة فيها علىٰ هذا الوجه الذي انعقدت عليه الشركة.

ألا ترىٰ أنه يجوز أن يقول: اشترِ بدراهمك هذه عبداً يكون بيني وبينك.

ووجه آخر: وهو أنها لو جازت بالعروض، لوَقَعت القسمة علىٰ القيمة إذا أرادا فسخَ الشركة، ولا تُعرف قيمتها إلا بالحَزَر والظن، فتحصل الشركة في مجهول، ولا تصح الشركة في رأس مالٍ مجهول.

فإن قيل: قد جازت علىٰ ربح مجهول، ولا تُفسدها أيضاً الشروط، فهلاَّ أجزتَها وإن انقسمت علىٰ القيمة عند القسمة.

قيل له: لا يجب ما ذكرتَ؛ لأن عقد النكاح قد يصح علىٰ مهرٍ مجهول، ولا تُفْسده الشروط، ولا يصح مع ذلك في منكوحةٍ مجهولة.

تصحيح الآثار، وكتاب المضاربة وغيرهما، ولد سنة ١٨١هـ، وتوفي سنة ٢٦٦هـ، كما في الفوائد البهية ص١٧١، وينظر: «الإمتاع بسيرة الحسن بن زياد وصاحبه محمد بن شجاع» للعلامة الكوثري، وتبدأ ترجمته ص٥٣.

مسألة : [الشركة بالمكيلات أو الموزونات]

قال أحمد : قال محمد: إذا جاء أحدُهما بنوعٍ من المكيل أو الموزون، وجاء الآخر بمثله في الكيل والصفة والجَوْدة، فخَلَطَاه: جازت الشركة فيما بينهما عند محمد، وأن يتفاضلا في الربح، كما يكون في الدراهم والدنانير.

وقال أبو يوسف في الإملاء: يكونان شريكين بالخلط، ولا يجوز أن يَفْضُل أحدُهما صاحبَه في الربح.

فإن قال قائل: إجازةُ محمدٍ الشركة بالخلط في الصنف الواحد من المكيل والموزون، ينقض علينا اعتلالَنا له في امتناع جواز الشركة بالعروض؛ لأنه إذا قال: بِعْ حنطتك هذه علىٰ أن يكون ثمنها بيني وبينك: لم يصح.

قيل له: لا يلزم، مِن قِبل أن الحنطة قد تصح أن تكون ثمناً، وتصح الوكالة فيها علىٰ وجه.

ألا ترىٰ أنه لو قال: اشترِ لي عبداً بِكُرٍّ حنطة في ذمتك، واقْضِه الكُرَّ الذي لك: جازت هذه الوكالة، وإذا قضاه رجع به علىٰ الآمِر، فلما كانت الوكالة قد تصح فيها من وجه، صحَّت الشركة فيها إذا خَلَطَاها، لأنهما قد شَرَطا أن يبيعا ويشتريا بها، فإذا خَلَطا لم يقع الشرىٰ إلا بهما، فلذلك جازت بحصول شركتهما فيها، وجواز ثبوتها في الذمة ثمناً إذا اشترىٰ بها.

وكان أبو الحسن يقول: كل ما لم يكن ثمناً للأشياء: لم تنعقد الشركة عليه إلا بالخلط، فإذا خلط ما يكال أو يوزن صحَّت الشركة؛ لأن كل جزء منه صار بينهما.

ويصح أن يستوفيَ كل واحد منهما عند القسمة رأس ماله من غير تقويم، فهو في هذا الوجه مثل الدراهم والدنانير.

ولو كان لأحدهما شعير، وللآخر حنطة، فخلطاه: لم تصح الشركة؛ لأن القسمة تقع فيهما علىٰ القيمة، لأن الخلط يجعلهما بمنزلة العروض.

مسألة : [الشركة في العروض]

وقال محمد: إن أراد الشركة في العروض، باع كلُّ واحدٍ منهما نصفَ عروضه بنصف عروض الآخر، وتقابضا، حتىٰ يصير ذلك كله بينهما، ثم يشتركان بعد ذلك، فتكون الشركة جائزة.

قال محمد: ولو اشتركا هكذا مفاوضة: جاز. حكىٰ ذلك أبو الحسن[1] عن محمد.

قال أحمد : وإنما جازت، لأنهما متساويان في الحال، شريكان فيها، ولا يحتاج عند القسمة إلىٰ اعتبار القيمة؛ لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين.

* وأما وجه قول أبي حنيفة في امتناع جوازها بالفلوس، فلأنها يجوز أن تكسد قبل القسمة، فتصير عروضاً، ويؤدي ذلك إلىٰ إيقاع القسمة علىٰ القيمة.

وأيضاً: فإنها إنما تنفُق في موضع دون موضع، وجائز أن تصير إلىٰ موضع لا تنفق فيه، فتَخْرُج من أن يصحَّ ابتداءً العقد، أو يريد القسمة فيحتاج إلىٰ اعتبار القيمة.

---

(١) أي الكرخي.

ويدل علىٰ ما ذكرنا: أنها لا تُقَوَّم بها المستهلكات، وتُقَـوَّم بالـدراهم والدنانير.

مسألة : [يد الشريك يد أمانة]

قال أبو جعفر : (وكل واحد من الشريكين أمينٌ فيمـا في يـده، يُقْبَـل قوله في ضياع المال مع يمينه).

وذلك لأنه قَبَضَه بإذن شريكه لا علىٰ وجه البدل، فصار كالمودَع.

وأيضاً: «روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: لـيس علـىٰ مَـن قاسـم الربح ضمان»[1]، يعني المضارب والشريك.

مسألة : [فسخ الشركة بموت أحد الشريكين]

قال : (وأيُّ الشريكين مات انفسخت الشركة).

وذلك لأن الملك ينتقل إلىٰ الغير، فيَبطل أمرُه فيه؛ لأن الشركة تحتها وكالة، والموت يُبطل الوكالة، كذلك الشركة.

مسألة : [حق الشريك في فسخ الشركة]

قال: (ولكل واحدٍ من الشريكين أن يفسخ الشركة ما كان المال عينـاً، كما تُفسخ الوكالة.

قال : فإن لم يعلم صاحبُه بفَسْخ الشركة، كانت الشركة علـىٰ حالهـا، كالعَزْل عن الوكالة، لا تصح إلا مع العلم).

والأصل فيه: أوامر الله تعالىٰ ونواهيه، لا يتعلق حكمها إلا بالعلم.

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٨/٢٥٣.

وأما في الموت: فإنها تُفسَخ، عَلِمَ الآخر بالموت، أو لم يعلم؛ لأن مِلْك المال قد انتقل إلىٰ الغير، وبَطَل أَمْرُ الميت فيه.

ألا ترىٰ أنه لو وكَّل رجلاً ببيع عبده، ثم عزله، وهو لا يعلم: لم ينعزل حتىٰ يعلم.

ولو باع العبدَ، فانتقل ملكه إلىٰ الغير، صار الوكيل معزولاً، عَلِمَ أو لم يعلم، لانتقال ملك العبد إلىٰ الغير، وبطلان أمره فيه، فانْعَزَلَ من جهة الحكم.

مسألة: [المساواة في التصرف بين المتفاوضين]

قال أحمد: وقال أبو حنيفة: لا تجوز المفاوضة بين عبدين أو صبيَّيْن، ولا بين عبدٍ وحر، ولا صغيرٍ وكبير، ولا بين مسلم وذمي، وتجوز بين الذميين.

وقال أبو يوسف: تجوز مفاوضة المسلم والذمي.

أما العبد والصغير، فلأن المفاوضة فيها كفالة، وهما لا يملكان ذلك بأنفسهما، والعبد وإن جازت كفالته بإذن مولاه، فإنه ليس ممن يملكها بنفسه.

وأما الذمي والمسلم، فلأنهما غير متساوِيَيْن في التصرف، ألا ترىٰ أنه يجوز تصرف الذمي في الخَمر والخنزير، ولا يجوز تصرف المسلم فيهما.

وقد بيَّنَّا فيما سلف أن المفاوضة تقتضي المساواة، فوجب اعتبار المساواة في التصرف، كما اعتبرناها في رأس المال.

* * * * *

كتاب الوكالة

مسألة : [دليل جواز الوكالة وبيان وجوهها]

قال أبو جعفر : (وللرجل أن يوكِّل بحفظ ماله وببيعه، وبالتزويج عليه، وبطلاق نسائه، وبالمكاتَبَة، والعتق).

قال أحمد : الوكالة من الأمور التي أقرَّ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم الأُمَّةَ عليها، مع عِلْمه بكونها منها؛ لأن أهل كل مِصْرٍ لم يكونوا يخلون من ذلك، كما أقرَّهم علىٰ المضاربة والشركة ونحوها.

وهي أيضاً مذكورة في كتاب الله تعالىٰ، قال الله عز وجل فيما حكىٰ عن أصحاب الكهف: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾[1].

فتضمَّنَت التوكيلَ من جماعتهم لواحدٍ منهم؛ لأنه أضاف الوَرِقَ إليهم جميعاً بقوله: ﴿بِوَرِقِكُمْ﴾، وهذه وكالة بشِرَىٰ الطعام.

ودلَّ أيضاً علىٰ أن ما ينبىء عن معنىٰ الشرىٰ من الألفاظ، فهو قائم مقام لفظ الشرىٰ في التوكيل في عقد الشرىٰ؛ لأنه قال: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ

(١) الكهف: ١٩.

مِّنۡهُ﴾ ولم يقل: فليَشْتَرِ.

ويدل أيضاً علىٰ أن الدراهم إذا كانت معلومة، أو معيَّنة لم يُحْتَج إلىٰ ذكر مقدار ما يشتريه من الطعام في عقد الوكالة؛ لأنهم لم يذكروا مقدارَ الطعام.

ويدل أيضاً علىٰ جواز الاجتماع علىٰ أكل الطعام بينهم، وإن كان أحدُهم قد يأكل أكثر مما يأكله الآخر.

* ويدل علىٰ الوكالة بالشرىٰ والبيع حديث عُروة البَارقي وحكِيم بن حِزام حين «دَفَعَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم إلىٰ كل واحدٍ ديناراً، وأَمَرَه أن يشتريَ له شاةً، ثم أجاز بيعَ عروة للشاة بغير أَمْره»[١].

* ويدل علىٰ جواز الوكالة في قضاء الدين واقتضائه حديث حذيفة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أن رجلاً لم يعمل من الخير شيئاً إلا أنه قال: كنتُ آمرُ فِتياني أن يُنْظِرُوا المعسرَ، ويتجاوزوا عن الموسِر، فقال اللهُ تعالىٰ: تجاوَزُوا عنه»[٢].

وحديث أبي رافع: «أَمَرَني رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم أن أقضيَ الرجل بَكْرَه[٣]»[٤].

«وحديث أبي حُمَيْدٍ السَّاعِدي حين طالبَ الأعرابيُّ النبيَّ صلىٰ الله

(١) تقدم.

(٢) صحيح البخاري ٤/٣٠٧، صحيح مسلم ٣/١١٩٤.

(٣) البَكْر: بالفتح: الفتيُّ من الإبل، النهاية لابن الأثير ١/١٤٩.

(٤) صحيح مسلم ٣/١٢٢٤.

عليه وسلم بدَيْنه، فأَمَرَ بأن يؤخذ من خَولة بنت حكيم ويُقضىٰ»[١].

ولا خلاف[٢] بين أهل العلم فيه مع ذلك.

مسألة: [الوكالة في الخصومة]

قال أبو جعفر: (وليس له أن يوكل في خصومة إلا برضا خصمه، إلا أن يكون مريضاً، أو غائباً علىٰ مسيرة ثلاث، فإنه إذا كان كذلك: قُبِلَت منه الوكالة في قول أبي حنيفة، ويستوي في ذلك الرجال والنساء.

وأبو يوسف ومحمد يقبلان الوكالة في ذلك من الناس جميعاً رَضِيَ الخصم، أو لم يرض).

يُحتَج لأبي حنيفة فيها من وجهين:

أحدهما: أن الخصومة حقٌّ قد لزمه للخصم، بدلالة أن الحاكم يُعْدِي عليه، ويُحْضِره، ويَحُوْل بينه وبين تصرفه وأشغاله، فليس له أن يحيل بهذا الحق علىٰ غيره إلا برضا خصمه، كما أن مَن كان عليه مال، لم تصح إحالته به علىٰ غيره إلا برضا الطالب.

والوجه الآخر: أن علىٰ الحاكم التسوية بين الخصوم في المجلس، واللفظ، واللَّحْظ، وليس من التسوية بينهما حضور أحدهما، وابتذاله للخصومة، وقعود الآخر في بيته.

ألا ترىٰ أنهما لو حَضَرَا جميعاً عند الحاكم، كان عليه التسوية بينهما

---

(١) «رواه أحمد والبزار، وإسناد أحمد صحيح»، كما في مجمع الزوائد ١٣٩/٤، وهو في المسند ٢٦٨/٦.

(٢) المغني ٢٠١/٥.

في المجلس، وكذلك يجب أن يكون حكمه مادام عليه حق الخصومة.

وأما المريض والغائب، فحق الخصومة عند القاضي ساقط عنهما، بدلالة أن القاضي لا يُعْدِي عليهما، ولا يُحضرهما.

* وأما أبو يوسف ومحمد فذهبا إلىٰ أن الوكيل يقوم مقام الموكل، وينوب عنه في الخصومة، فإذا وكَّل فقد وفَّىٰ الخصمَ حقَّه من الخصومة.

ولأبي حنيفة أن حق الخصومة إذا تعيَّن علىٰ إنسان، فليس له أن يحيل به علىٰ غيره، لاختلاف أحوال الناس في الخصومة، ألا ترىٰ إلىٰ قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إنكم تختصمون إليَّ، ولعلَّ بعضكم أن يكون أَلْحَن بحجته من بعض، وإنما أقضي بما أسمع، فمَن قضيتُ له مِن حق أخيه بشيء، فإنما أقطع له قطعةً من النار»[١].

فأخبر عن اختلاف أحوال الناس في القيام بالخصومة، والإدلاء بالحجة، فأشبه الدَّيْن الذي في الذمة، ليس له أن يحيله به علىٰ غيره إلا برضاه، لاختلاف أحوال ذِمَم الناس في المَلاءة والثقة.

* وما روي «عن علي رضي الله عنه أنه كان لا يخاصم، ويقول: إن للخصومة قُحَمَاً[٢]، فكان يوكِّل بها عَقِيلاً، ثم وكَّل عبدَ الله بن جعفر، وقَبِلَ ذلك عثمان»[٣].

---

(١) تقدم.

(٢) هي الأمور العظيمة الشاقة، واحدتها: قُحْمَة، كما في النهاية لابن الأثير ١٩/٤.

(٣) رواه أبو عبيد القاسم بن سلاّم في غريبه الحديث ٤٥١/٣، ومن طريقه البيهقي السنن ٨١/٦.

فإن وجهه عندنا، أنه كان يوكِّل برضا الخصم، وذلك جائز عندنا.

فإن قيل: هلاَّ كانت الوكالة بالخصومة كسائر الوكالات من البيع والشِّرىٰ وقبض الديون.

قيل له: لأنه ليس في ذلك إبطالُ حقٍّ أحد، وفي التوكيل بالخصومة إبطالُ حقٍّ قد لزمه عن نفسه.

فصل : [مكان قبول إقرار الوكيل بالخصومة]

ويجوز إقرار الوكيل بالخصومة علىٰ موكِّله فيما وُكِّل به عند القاضي، ولا يجوز عند غير القاضي في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يجوز أيضاً عند غير القاضي.

وقال زفر: لا يجوز عند القاضي ولا عند غيره.

لأبي حنيفة: أنه قد أقامه مقام نفسه في الخصومة، فيجوز إقراره في الموضع الذي تجوز خصومته فيه، كما جاز إقرار الموكِّل؛ لأنه قائم مقامه، ولأنه حين كان موكَّلاً بالخصومة، والخصومة فيها إقرار وإنكار، وتنظيم الأمرين، وجب أن يدخل تحتها جميع ذلك.

وإنما لم يجز عند غير القاضي؛ لأنه إنما جاز إقراره من حيث مَلَك الخصومة عنه بأمره، ولا تجوز خصومته عند غير القاضي فكذلك إقراره.

مسألة : [توكيل الوكيل غيرَه بما وُكِّل به]

قال أبو جعفر : (وليس للوكيل أن يوكِّل بما وُكِّل به، إلا أن يُطْلِق له ذلك الموكِّل، أو يجيز أمرَه فيما وكَّل به، فيكون له ذلك).

وذلك لأن الوكيل إنما يتصرف من جهة الآمِر، وليس تحت الوكالة بالبيع والقبض ونحوه أمرٌ منه بتوكيل غيره؛ لأن البيع وما وُكِّل به، ليس

هو عبارة عن توكيل الغير، فلذلك لم يجز، إلا أن يقول له: اِعمل فيه برأيك: فيجوز له توكيل غيره إذا رأىٰ ذلك.

مسألة : [عَزْل الموكِّل للوكيل]

قال : (وللموكِّل أن يَعْزل الوكيلَ متىٰ شاء).

وذلك لأن الوكالة لم تكن حقاً لآخر، وإنما هي حق له، فله أن يُبطلها ويَعزل عنها متىٰ شاء، وهي تُشبه الإباحة، فلو أن رجلاً أباح لرجل دخولَ داره، أو أكْلَ طعامه، كان له أن ينهاه عن فِعْله قبل أن يفعله، كذلك التوكيل.

* **وقال** : (وإنما يصح العزل إذا عَلِمَ به الوكيل).

وذلك بمنزلة أوامر الله ونواهيه، تتعلق أحكامها علينا بالعلم دون وجوب الأمر.

[مسألة :]

قال : (ولا يكون عزلاً حتىٰ يُخبره به رجلان، أو رجلٌ عَدْلٌ في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: ينعزل بخبر مَن أخبره بذلك إذا كان خبره حقاً).

قال أحمد : لم يختلفوا[1] أن الوكالة نفسَها ثبتت بخبر الواحد، ثقةً كان أو غير ثقة، ولم يختلفوا أن العَزْل برسالة الواحد إذا أرسله فيه الموكِّل، عدلاً كان أو غير عدل، وإنما اختلفوا في المخبِر بالعزل إذا لم يكن رسولاً.

(١) يريد الخلاف بين أئمة المذهب، والله أعلم.

فأما قبول خبر الواحد في الوكالة من غير شرط العدالة، فلأنه مِن أخبار المعاملات، نحو الإذن في دخول الدار، وقبول الهدية بخبر الواحد.

قال الله تعالىٰ: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُوا﴾[1]، ثم قال: ﴿فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾[2].

فأباح الدخول بإذن الواحد: مَن كان مِن الناس.

وقبولُ أخبار الآحاد في هذا الضرب من المعاملات لا خلاف بين الفقهاء فيه.

* وأما الرسول في العزل، فإنما صح به العزل، ولم تُشرط فيه العدالة: من قِبَل أن الرسول قائم مقام المرسِل في الأداء، كما يقوم في الكتاب مقام الكاتِب، وقد كَتَبَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم إلىٰ ملوك الآفاق، وأرسل إليهم رسلاً يدعوهم إلىٰ الإسلام، فقام كِتَابُه ورسولُه مقامَه عليه الصلاة والسلام في الأداء، والدعاء إلىٰ الدِّيْن، كذلك الرسول في العَزْل عن الوكالة، فليس بدون الكتاب أيضاً.

وأما إذا أخبره مخبرٌ بالعزل علىٰ غير وجه الرسالة، فإن أبا حنيفة قال: ينبغي أن يكون خَبَرُ العزل آكدُ من خبر التوكيل؛ لأنه قد ثبت له حق التصرف بغير ضمانٍ يلحقه، وخَبَرُ المخبِر بالعزل يلزمه الضمان بالتصرف، فوجب أن يكون آكد من خبر الوكالة.

---

(١) النور: ٢٧.

(٢) النور: ٢٨.

ثم أكَّدَه[١] بأحد وصفَي الشهادة، وهو العدالة، أو العدد؛ لأن الشهادة التي يصح الحكم بها تنظيم معنيين: العدد، والعدالة، فلما اقتضىٰ هذا الخبر ضرباً من التأكيد، لم يحتج مع ذلك فيه إلىٰ جميع شرائط الشهادة، علىٰ الوصف الذي بيَّنَّا.

وليس يمتنع في الأصول تنزيل الأخبار علىٰ مراتب، علىٰ حسب اختلاف أحوال مُخْبَر فيها.

*** [اختلاف عدد الشهود وصفتهم باختلاف المشهود به:]**

ألا ترىٰ أن الأخبار الواردة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في إثبات الأحكام، لها منازل في القبول وشرائط، علىٰ حسب اختلاف أحوال المعاني التي وَرَدَت فيها:

فمنها: ما يُقبَل فيه خبر الواحد العدل.

ومنها: ما شَرْطه الاستفاضة، وتلقِّي الناس إياه بالقبول.

ومنها: ما شَرْطه التواتر الموجِب للعلِم.

وكان علي رضي الله عنه يقول: «كنتُ إذا سمعتُ من النبي صلىٰ الله عليه وسلم حديثاً نفعني الله بما شاء منه، وإذا حدثني غيرُه استحلفتُه، ثم صدَّقْتُه، وحدثني أبو بكر الصديق ـ وصَدَق أبو بكر ـ أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال:

ما مِن رجلٍ يُذنب ذَنْباً فيتوضأ، فيُحسن الوضوء، ثم يصلي ركعتين،

(١) أي أبو حنيفة رحمه الله، والله أعلم.

فيستغفر الله إلا غَفَرَ اللهُ له»[١].

فكان علي رضي الله عنه يستحلف كل مَن حدَّثَه إلا أبا بكر، فإنه يصدَّقه بغير يمين، لثقته في نفسه.

ومن الأشياء: ما يُقبل فيها شهادة المرأة الواحدة العدل، وهي الولادة.

ومنها: ما يُقبل فيه خبر العدل، ولا يُقبل فيه غير العدل، وهو رؤية هلال شهر رمضان، ولا يختلف فيه حكم الحر والعبد، والمرأة والرجل.

ومنها: ما لا يُقبل فيه إلا رجلان، أو رجل وامرأتان، نحو سائر الحقوق التي لا تُسقطها الشبهة.

ومنها: ما لا يُقبل فيه إلا شهادة أربعة، وهو الزنىٰ.

فلما كان ذلك كذلك، لم يمتنع أن تختلف أحوال الأخبار علىٰ حسب اختلاف مَخْبَرها، فيُحتاج في بعضها من التأكيد إلىٰ أكثر مما يُحتاج إليه

---

(١) سنن أبي داود ٢/ ١٨٠ وسكت عنه، سنن الترمذي ٥/ ٢٢٨ وذكر الترمذي أن منهم مَن رفعه، ومنهم مَن وقفه، سنن ابن ماجه ١/ ٤٤٦، وقد نقل المنذري في مختصر سنن أبي داود ٢/ ١٥٢. وفي الترغيب والترهيب ١/ ٤٧٢ تحسين الترمذي للحديث، وكذلك ابن كثير في التفسير ١/ ٤٠٧، أما الطبعة التي اعتمدتها من سنن الترمذي، فليس فيها ذلك.

قال ابن كثير رحمه الله في التفسير ١/ ٤٠٧: وبالجملة فهو حديث حسن، وذكر له عدة شواهد تقوِّيه، وأنه استقصىٰ الكلام عن طرقه في كتابه مسند أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

في غيره، فلذلك فرَّق أبو حنيفة بين التوكيل والعزل فيما وصفنا[١].

وكذلك قال أبو حنيفة في المولىٰ إذا أخبر بجناية عبده، فأعتقه، أنه لا يضمن الدية حتىٰ يخبره رجلان، أو رجل عدل، لما تعلَّق بخبره من ضمان الدية بالعتق.

وجَعَلَه أبو يوسف ومحمد مختاراً للدية، بخبر مَن أخبره بعد أن يكون الخبر حقاً.

مسألة: [فعل الوكيل قبل علمه بالوكالة]

قال أبو جعفر: (وما فَعَلَه الوكيل قبل علمه بالوكالة: فغير نافذ).

ذلك بما ذَكَرْنا من تعليق حُكْم أوامر الله تعالىٰ بالعلم، كذلك أوامر العباد.

وليس كالوصي إذا تصرف بعد موت الموصي وهو لا يعلم بالوصية، فتجوز، وذلك لأن الوصية قد صحت من جهة الميت، بحيث لا يلحقها الفسخ، وإنما وَقَفَتْ علىٰ خيار الوصي، فصارتْ بمنزلة رجلٍ باع عبداً علىٰ أن المشتري بالخيار ثلاثاً، فتصرَّف المشتري في العبد بالبيع والعتق، وهو لا يعلم أنه العبد المشترَىٰ، فيجوز تصرفه، ويَبطل خياره، كذلك الوصي.

وأما التوكيل فلم يَقْطَع حقَّ الموكِّل، فلم يَثبت حكمها وتَصَرُّفُ الوكيل فيه إلا بالعلم.

---

(١) ذكر المصنف رحمه الله بتوسُّعٍ مسألة منازل وشروط قبول الأخبار في كتابه الفصول في الأصول ٣/٦٩-٧١.

ألا ترىٰ أن مَن أباح لرجلٍ طعامَه لم يثبت للمباح له حكم الإباحة إلا بالعلم؛ لأن الإباحة لم تَقطع حق المبيح عن الشيء.

* **قال**: (ومَن بَلَّغَه مِن رجل أو امرأة: جاز).

وذلك لما بيَّنا من أنه من أخبار المعاملات.

مسألة: [الوكالة في الحدود والقصاص]

قال أبو جعفر: (ولا تجوز الوكالة في الحدود، ولا في القصاص، إلا في إقامة البيِّنات عليها، ولا يستوفيها الوكيل حتىٰ يحضر الموكِّل في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا تقبل الوكالة في الخصومة، ولا في إثباتها أيضاً).

قال أحمد: لم يختلفوا[1] أن الوكالة لا تجوز في استيفاء الحدود والقصاص، وذلك لأنه لا تجوز فيها الشهادة علىٰ الشهادة، ولا شهادة النساء؛ لأنها قائمة مقام الغير، وإذا لم يجز ذلك في الإثبات، لم يجز في الاستيفاء؛ لأن الإثبات إنما يُحتاج إليه للاستيفاء.

* وأما الوكالة في الخصومة وفي إقامة البينة، فإنما أجازها أبو حنيفة ومحمد، مِن قِبَل أن الخصومة إنما هي سبب الإثبات، لا أنها هي المثبِتَة، فأشبهت شهادة الإحصان، لما كانت سبباً في إثبات الرجم، ولم تكن هي الموجِبة له: جاز إثباته بما لا يثبت به الزنىٰ، وهو شهادة رجلَيْن أو رجلٍ وامرأتين، كذلك الخصومة في إثباته.

وأبو يوسف لم يُجِزْها أيضاً، كما لا تجوز في الاستيفاء.

---

(١) أي الإمام وأصحابه رضي الله عنهم.

* وقد عقد أبو الحسن رحمه الله أصلاً لِمَا تجوز فيه الوكالة مما لا تجوز:

بأن ما يجوز تمليكه، أو أن توجَب فيه الحقوق: جازت الوكالة فيه، وأنَّ مَا لا يجوز تمليكه، أو أن توجَب فيه الحقوق: لم تجز فيه الوكالة.

وما لا يجوز تمليكه، وإيجاب الحقوق فيه، فهو الحدود والقصاص.

مسألة : [تأقيت الوكالة]

قال أبو جعفر : (وإذا وكَّلَ رجلٌ رجلاً ببيع عبده غداً، كان وكيلَه ببيعه في غد، وفيما بعده، وليس بوكيل بذلك قبل غد).

وذلك لأنه بمنزلة قوله: بِعْ عبدي إذا قَدِمَ فلان، أو إذا جاء رأس الشهر، فتصير وكالة مطلَقَة عند مجيء الوقت.

مسألة : [خصومة الوكيل]

قال : (والخصم في حقوق البيع والشرىٰ هو العاقد وإن كان وكيلاً، وكذلك الإجارة).

* **قال أحمد** : قد عقد أبو الحسن رحمه الله هذا الأصل بأنْ قال: كلُّ عقدٍ فيه بدل فهو علىٰ وجهين:

إذا وَلِيَه الوكيل، فما كان ما استحقه كلُّ واحدٍ من المتعاقدين يجوز أن ينقله مستحقه إلىٰ غيره: فالحقوق التي يوجبها ذلك العقد للوكيل وعليه، مثل الشرىٰ والبيع والإجارة.

قال: وإن كان ما وقع عليه العقد مما لا يجوز أن ينقله مستحقُّه إلىٰ غيره، ولا أن يوجب فيه حقاً لغيره: فحقوق ذلك العقد للموكِّل وعليه، دون غيره.

وذلك مثل عقد النكاح، والخلع، والطلاق علىٰ مال، والصلح من دم العمد، والعتق علىٰ مال، والكتابة.

والدليل علىٰ أن حقوق العقد متعلقة بالمتعاقدين فيما قدَّمنا بَدءاً: اتفاقُ الفقهاء[1] علىٰ جواز صَرْف الوكيلين مع غيبة الموكِّلين عن مجلس العقد، والقبض في المجلس من حقوق عقد الصرف، فلما تعلَّق ذلك بحضورهما، دون حضور الموكِّلين، دلَّ ذلك علىٰ أن حقوق عقد البيع ونظائره متعلقة بالمتعاقدين، فيثبت قبض الثمن للوكيل بالبيع، دون الموكِّل.

ويدل عليه أيضاً: اتفاق الجميع[2] علىٰ أن الوكيل بالبيع مطالَب بتسليم المبيع.

وكما توجهت عليه المطالبة بالتسليم دون الموكِّل، كذلك يثبت له حق القبض دون الموكل.

ولهذه العلة بعينها أجاز أبو حنيفة ومحمد إبراء الوكيل بالبيع للمشتري من الثمن قبل القبض، ويضمنه الموكِّل؛ لأن حق القبض له دون الآمِر.

وقالوا: لو طالب الآمرُ المشتري، كان له أن يحلف: ما لَه عليه شيء، فإذا أسقطه يعني الوكيل، جاز عليه: يعني علىٰ الآمر، إذ هو المالك له، ويضمن للآمر؛ لأن ما استحق قبضه إذا تغيَّر، كان ملكاً للآمر، فلذلك ضمنه حين أبرأ منه.

* وأما النكاح ونظائره، فلا يتعلق بالوكيل شيء من حقوقها، مِن قِبَل

(١) المغني ٥/٢٠٧.

(٢) المغني ٥/٢٠٧.

أنه لا تتوجَّه عليه المطالبة بالتسليم، ولا يثبت له حق القبض، فصار فيه كالسفير والمعبِّر.

وإن شئت قلتَ: لأنه لا يصح نَقْله إلىٰ غيره بعد ثبوته له، ولا إيجاب الحق فيه لغيره، فصار كالرسول في العقد، فلذلك لم يلزم الوكيل بالنكاح المهر، ولزم الموكِّل بالعقد المهر.

ويدلك علىٰ الفصل بينهما: أن الوكيل بالنكاح يقول: زوجتُ فلاناً، والوكيل بالشرىٰ يقول: اشتريتُ، ولا يحتاج أن يقول: اشتريتُ لفلان.

وكل ما يصح نَقْله إلىٰ غيره بعد ثبوته، فكأنه انتقل إلىٰ الوكيل، ومِن جهة الوكيل انتقل إلىٰ الموكِّل، فلذلك كان الأمر فيه علىٰ ما وصفنا.

وما لا يصح نَقْله بعد ثبوته له إلىٰ غيره، فإنما انتقل من العاقد إلىٰ المعقود له دون الوكيل؛ لأنه لو انتقل إلىٰ الوكيل، لم يصح نَقْله من جهته إلىٰ الموكِّل، فلم يثبت للوكيل حق في العقد.

مسألة: [بطلان الوكالة بموت الموكِّل]

قال أبو جعفر: (وموت الموكِّل يُخرج الوكيل من الوكالة، عَلِمَ بذلك الوكيل، أو لم يعلم).

لأن الملك قد انتقل عن الموكل، فبَطَل أَمْره من جهة الحكم، كما لو باعه الموكِّل.

مسألة: [توكيل الصبي أو العبد]

قال أبو جعفر: (وإذا وكَّلَ الحرُّ البالغُ صبياً أو عبداً محجوراً عليه ببيعِ عبده، ففَعَلا ذلك، فالعُهدة في ذلك علىٰ الآمِر، لا علىٰ الصبي، ولا علىٰ العبد).

قال أحمد: الأصل في جواز توكيل الصبي: ما روي «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لما خَطَبَ أمَّ سلمة قالت: ليس أحدٌ من أوليائي حاضراً، فقال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: ليس أحدٌ من أوليائك إلا وهو يرضاني، ثم قالت لابنها: يا عُمَر، قُمْ فزوِّجْ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، وكان صغيراً»[1].

فأجاز عليه الصلاة والسلام تزويجه إياها بأَمْرِها.

وأيضاً: فلو خاطبه بكتاب يطلب فيه البيع أو الشرىٰ جاز؛ لأنه يعبِّر عنه، فكان الصبي والعبد أَوْلىٰ بذلك، إلا أنهما لا تلزمهما العهدة؛ لأن قولهما لا يجوز علىٰ أنفسهما في ضمان الثمن، ولزوم تسليم المبيع.

* **قال أبو جعفر**: (وقال أبو يوسف في الإملاء: إن عَلِمَ المشتري أن بيِّعَه صبيٌّ أو عبدٌ محجور عليه: فهو كذلك).

لأنه قد رضي بأن لا تتعلق له حقوق العقد عليه.

* (وإن لم يعلم، ثم عَلِمَ: كان بالخيار: إن شاء فَسَخَ البيع، وإن شاء أمضاه، وكانت عهدته علىٰ الآمر).

لأن ظاهر دخوله معه في العقد يقتضي تعلق حقوقه، فإذا لم تلزمه له حقوق العقد: كان له الخيار في الفسخ، ويصير ذلك كعَيْبٍ لَحِقَ العقد.

ألا ترىٰ أن إقراره لا يجوز بقبض الثمن، إذ لم تلزمه حقوقه، كمريضٍ باع عبداً، وعليه دَيْن في الصحة، ثم أقرَّ بقبض الثمن من

(١) سنن النسائي ٦/ ٨١، مسند أحمد ٦/ ٣١٤، طبقات ابن سعد ٨/ ٨٩-٩٠، المستدرك ٤/ ١٧ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وصحح إسناده الحافظ ابن حجر في الإصابة ٤/ ٤٥٩.

المشتري، فلا يُصَدَّق، ويكون المشتري بالخيار في فسخ البيع؛ لأنه يقول إنما دخلت معه في العقد علىٰ أن يجوز إقراره لي بقبض الثمن، فإذا لم تجوزوه، فذلك عيب لَحِقَ العقد، فيكون له الخيار في الفسخ، كذلك ما وصفنا.

مسألة: [دعوىٰ وكيل البيع تلف الثمن المقبوض]

قال أبو جعفر: (وإذا باع الوكيلُ، ثم ادَّعىٰ تَلَفَ الثمن منه، كان القولُ في ذلك قولَه مع يمينه).

وذلك لأنه أمينٌ فيما يحصل في يده من الثمن، كما كان أميناً في المبيع قبل.

* (وكذلك لو قال: دفعتُ الثمن إلىٰ الآمر، كان كذلك أيضاً).

كما لو قال قبل البيع: رددتُ العبدَ إليك، وكالمودَع إذا قال: رددتُ الوديعة إلىٰ المودِع.

* **وقال أبو جعفر**: (وكذلك لو أقرَّ الوكيل أن الآمر قَبَضَه[1] من المشتري[2]، أو[3] ادعىٰ المشتري[4] ذلك، وأنكره الآمر، غير أن المشتري إذا أصاب بالمبيع عيباً، كان له رده علىٰ الوكيل، وأَخَذَ ثمنه منه، ولم يكن للوكيل أن يرجع بالثمن علىٰ الآمر، ولكنه يبيع العبد،

---

(١) أي الثمن.

(٢) في المختصر ص١١٠: (البائع)، وهو غلط، والله أعلم، فيصحح من هنا.

(٣) في الأصل: (وادعىٰ)، والألف مثبتة في المختصر ص١١٠، وبها يستقيم المعنىٰ.

(٤) في المختصر ص/١١٠: (البائع)، وهو غلط والله أعلم، فيصحح من هنا.

ويأخذ الثمن الذي غَرِمه للمشتري، إلا أن يكون فيه فَضْلٌ، فيدفعه إلىٰ الآمر، وهذا قول أبي يوسف ومحمد.

وأما في قول أبي حنيفة، فليس للوكيل بيع العبد في ذلك).

قال أحمد: إقرار الوكيل علىٰ الآمر بقبض الثمن تضمَّن معنيين:

أحدهما: براءة المشتري بالقبض، وهو يملك إبراءَه بالقبض، فجاز إقراره فيه.

والثاني: أن الثمن صار مضموناً علىٰ الآمِر بقبضه، وهو غير مصدَّق؛ لأن كل مَن كان أميناً في شيء، فإنما يُصدَّق في براءة نفسه، ولا يُصدَّق في إيجاب الضمان علىٰ غيره.

كرجل له عند رجل وديعة، فأمَرَه بدَفْعها إلىٰ ذلك، فقال المودَع: قد دفعتُها، وأنكر ذلك قبضَها، فيكون المودَع مصدَّقاً في براءة نفسه، غير مصدَّق في إيجاب الضمان علىٰ غيره، كذلك مسألتنا.

فإذا وَجَدَ المشتري بالعبد عيباً، ردَّه علىٰ الوكيل، وأَخَذَ منه الثمن، لاعتراف الوكيل بأن الثمن صار مضموناً عليه بقبض الآمر، فيُصدَّق علىٰ نفسه، ولا يصدَّق في إيجاب الضمان علىٰ الآمر.

وللوكيل أن يبيع العبد فيستوفي منه الثمن؛ لأن المشتري قد كان له حَبْس العبد بالثمن بعد فسخ البيع، فينتقل ذلك الحق إلىٰ الوكيل.

والذي ذكره أبو جعفر من الخلاف، عسىٰ أن يكون حَمَلَه علىٰ خلافهم في الحَجْر علىٰ الحر[1]، وإجازة القاضي بيع العبد علىٰ مالكه

(١) ومثله في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة /١١.

لأجل الدين.

وقد ذكر محمد هذه المسألة في الجامع الكبير[١]، ولم يذكر فيها خلافاً، وقد بيَّنَّاها هناك[٢].

مسألة: [شراء الوكيل وبيعه من نفسه]

قال أبو جعفر: (ولا يجوز شرىٰ الوكيل من نفسه، ولا بيعُه منها).

وذلك لما قدَّمْنا مِن أن حقوق العقد تتعلق به[٣]، فلا يجوز أن يثبت له الثمن علىٰ نفسه لنفسه، ولا يجوز أن يستحق التسليم علىٰ نفسه لنفسه.

مسألة: [شراء أبي الصغير منه لنفسه]

(ولأبي الصغير أن يشتريَ منه لنفسه، وكذلك الجَدُّ إذا لم يكن أب، ولا وصيٌّ أب).

قال أحمد: كان القياس أن لا يجوز للعلَّة التي ذكرنا، إلا أنهم أجازوه مِن قِبَل أن الأب لما كان تصرفه علىٰ الصغير من غير جهة العقد، بل بنفسه، استحق هذه الولاية، فصار إيجابه وقبوله في ملك الصبي، كقول الصبي نفسه لو كان بالغاً.

وهذه العلة معدومة في الوصي، والوكيل، والقاضي؛ لأن ولاية هؤلاء كلهم من جهة العقد، فلا يجوز عقدهم لأنفسهم.

وقال زفر: ليس للأب أن يشتريَ من نفسه مال اليتيم، وذهب إلىٰ

---

(١) ص ٣١٦.

(٢) أي في شرحه علىٰ الجامع الكبير، وهو مخطوط بعد.

(٣) في الأصل: (بينهما)، والضمير يعود علىٰ وكيل البيع.

القياس.

مسألة : [شراءُ الوصي وبيعُه من نفسه بمال اليتيم]

قال : (وأما الوصي فإنه يجوز شراؤه وبيعه من نفسه بمال اليتيم إذا كان خيراً لليتيم، في قول أبي حنيفة استحساناً).

قال أحمد : يعني بقوله: خيراً لليتيم: أن ما يأخذه لليتيم أكثر قيمة مما يؤخذ منه، قد بيَّنه محمد في مواضع.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد: لا يجوز بيع الوصي وشراه مالَ اليتيم لنفسه).

لأبي حنيفة: قول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[1]، ومن الأحسن أن يثمِّر مالَه، ويزيد فيه.

وقال تعالىٰ: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾[2]، وظاهره يقتضي جواز شراه من نفسه وبيعه.

وفي قولهما: ولايته من جهة العقد، فلا يشتري لنفسه كالوكيل.

مسألة : [حدّ الغَبْن في بيع الوكيل وشرائه]

قال أبو جعفر : (ويجوز بيع الوكيل بما لا يَتغابن الناس في مثله في قول أبي حنيفة.

---

(١) الأنعام ١٥٢، ومن سورة الإسراء: ٣٤.

(٢) البقرة: ٢٢٠.

ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد إلا بما يتغابن الناس فيه.

وأما الشرىٰ: فلا يجوز علىٰ الآمِرِ إلا بما يتغابن الناس فيه إذا لم يسمِّ ثمناً).

قال أحمد: أما وجه قول أبي حنيفة في البيع، فهو أن الوكيل يتصرف بأمر الآمر، ولفظ الآمر عام في كل ما يسمَّىٰ بيعاً، فجاز بالقليل والكثير، لدخوله تحت اللفظ.

فإن قيل: هلاَّ خصصتَه بالعُرْف، كما لو أمره بشرىٰ طعام، كان علىٰ الطعام المتعارَف من الحنطة والدقيق.

قيل له: لأن العرف لم يجعل اللفظ مخصوصاً بالكثير دون القليل؛ لأن الاسم يتناول العقد بقليل الثمن، كما يتناوله بالكثير، فالعرف في الاسم واحد في الحالين.

وإن أردتَ أن مقاصد الناس البيعُ بمثل القيمة، فليس كذلك؛ لأن في العرف أن كل مَن دَخَل في عُقْدَة، فإنما يقصد إلىٰ غير صاحبه[1]، فهو حين عَلِم أن المشتري يقصد إلىٰ الشرىٰ بقليل الثمن، ثم لم يخصه، فقد أطلق الجميع.

وأما أمره إياه بشرىٰ الطعام، فإن الطعام اسم مخصوص في العرف لنوعٍ من المأكول إذا أُطلق، ولا يتناول الإطلاقُ غيرَه، كما لا يقع اسم اللحم في الإطلاق علىٰ السمك، فمِن أجل ذلك تناول المتعارَف منه، دون غيره.

---

(١) أي أن البائع يريد رفع الثمن، والمشتري يريد تقليل الثمن، والله أعلم.

فإن قيل: هلاَّ كان البيع كالشرىٰ في اعتباره بما يُتغابن فيه من الثمن.

قيل له: مِن قِبَل أن الثمن الذي يلزم الآمر غير ملفوظ به في لفظ الوكالة، وإنما يلزمه من طريق الحكم، فلم يصح اعتبار العموم فيه، وإنما ذكر في لفظ الوكالة بالشرىٰ العبد المشترىٰ وهو في ملك غيره، ولا يصح اعتبار عموم لفظٍ في غير ملكه.

فأشبه الوكيلُ بالشرىٰ من هذا الوجه الوصيَّ والأب، لمَّا كان تصرفهما علىٰ الصغير من جهة الحكم، لم يجز تصرفهما إلا بما يَتغابن الناس فيه.

* ووجه آخر في الفصل بين الشرىٰ والبيع: وهو أن مِن أصلهم: أن المُشْتَرَىٰ ينتقل إلىٰ الوكيل وإن لم يستقر ملكه فيه، ومن جهته ينتقل إلىٰ الموكِّل، فلما ألزم نفسَه الزيادة علىٰ ما يَتغابن الناس فيه، أراد أن يبرئ نفسه منها، ويُلزمها الآمر، فيُتَّهم فيه.

ويدلك علىٰ هذا: أنه متىٰ خالف، لزمه الشرىٰ دون الآمر.

وأما الوكيل بالبيع، فلا ينتقل إليه المبيع، وإنما يخرج من ملك الآمر إلىٰ المشتري.

يدلك عليه: أنه متىٰ خالف: لم يصح البيع، ولم يلزمه، فلم يكن فيه تُهَمَة في إسقاط شيء قد لزمه عن نفسه وألزم غيره، فلذلك اختلفا.

* **قال أحمد**: والخلاف في بيع المضاربة، وشريك العنان، كهو في الوكيل بالبيع، وشراهما عند الجميع كشرىٰ الوكيل بالشرىٰ في اعتبار ما يَتغابن فيه الناس.

* وأما العبد المأذون والمكاتَب، فإن أبا حنيفة يجيز بيعَهما وشراهما بالثمن بما لا يَتغابن فيه الناس؛ لأنهما يتصرفان علىٰ أنفسهما، لا علىٰ

غيرهما، ألا ترىٰ أنهما لا يرجعان بالثمن علىٰ أحد، فأشبها الحُرَّيْن.

والوكيل والمضارب والشريك يتصرفون علىٰ الغير، ألا ترىٰ أن الثمن الذي يلزمهما يلزم الآمر، وربَّ المال، والشريكَ لهم.

* وأبو يوسف ومحمد لا يجيزان تصرف العبد والمكاتَب إلا بما يَتغابن الناس فيه، وجعلا محاباتَهما كهبةٍ مبتَدَأة.

* ومن الناس مَن لا يجوِّز تصرفه وبيعه وشراه إلا بمقدار القيمة، سواء من غير حطِّ شيءٍ مما يَتغابن الناس فيه أو لا يتغابن، وهو كبيع رب المال لعبد المضاربة، وبيع المريض وعليه دين يحيط بماله.

وهؤلاء لا يجوز بيعهم إلا بمثل القيمة سواء، فإن حطوا ما يُتغابن فيه، أو لا يتغابن فيه، لم يجز، وقد بيَّنَّا هذه المسائل في «شرح الجامع الكبير».

مسألة: [مقدار ما يتغابن فيه]

قال أبو جعفر: (والمقدار الذي يُتَغَابن فيه: نصفُ العشر).

قال أحمد: وهو اجتهاد، ومقداره ما يدخل بين تقويم المقوِّمين.

مسألة: [لو وكَّلَه بشراء عبدٍ، فاشترىٰ له نصفَه]

قال أبو جعفر: (وإذا وكَّلَ رجلٌ رجلاً بشرىٰ عبد، فاشترىٰ له نصفه: لم يلزم الآمِر إلا أن يشتريَ النصف الآخر قبل خروجه من الوكالة، في قولهم جميعاً).

وذلك لأن في تبعيضه ضرراً عليه، فصار كمَن قال: اشترِ لي عبداً صحيحاً، فاشترىٰ له معيباً.

مسألة: [لو وكَّلَه ببيع عبد، فباع نصفَه]

قال: (وكذلك لو وكله ببيع عبد، فباع نصفَه، عند أبي يوسف

ومحمد.

وقال أبو حنيفة: ذلك جائز، وخالَفَ بين البيع والشرىٰ).

وذلك لأن الضرر لم يدخل علىٰ الآمِر فيما باع، وإنما دخل الضرر عليه فيما لم يبِعْه، فلا يقدح ذلك في العقد شيئاً؛ لأن أَمْره بالبيع لا يقتضي بيع الجميع معاً في صفقة.

ألا ترىٰ أنه لو أمره ببيع طعامه، أو شعيره، فباع بعضَه: جاز في قولهم، فدلَّ ذلك علىٰ أن الأمر بالبيع لم يتضمَّن بيعَ جميعه في الصفقة، فإذا لم يدخل به ضرر فيما عَقَدَ، لم يبطل معه.

وفَصْل آخر: وهو أنه مِن أصله: أنه لو باع جميعَه بهذا القدر من الثمن: جاز، فبَيْع بعضهِ أحرىٰ بالجواز.

والشرىٰ لا يجوز إلا بما يُتغابن فيه، فلذلك لا يجوز شرىٰ بعضه لأجل الضرر.

مسألة: [بيع الوكيل العبدَ بعَرْض]

قال أبو جعفر: (ومن وُكِّل ببيع عبدٍ، فباعه بعَرْض: جاز في قول أبي حنيفة).

لعموم اللفظ.

فإن قيل: في بيعه بعَرْض: شرىٰ للعرض، وهو لم يؤمر بالشرىٰ.

قيل له: كون العرض مشترىٰ، لا يُخرجه مِن أن يكون العبد مبيعاً منطوياً تحت لفظ الآمر، فلذلك جاز.

* (وفي قول أبي يوسف ومحمد: لا يجوز أن يبيعه إلا بالدراهم أو الدنانير).

لأنهما الأثمان التي تدور عليها البياعات.

مسألة : [بيع الوكيل الشيءَ نسيئةً]

قال أبو جعفر : (ومن وُكِّلَ ببيع شيء، ولم يُسمَّ له نقد، ولا نسيئة: فله أن يبيعه بالنسيئة في قول أبي حنيفة ومحمد، وأبي يوسف الأول).

وذلك لعموم لفظ الآمِر؛ لأن الاسم ينتظم العقد في الحقيقة والعرف.

قال : (وقال أبو يوسف بعد ذلك في الإملاء: إن قال بِعْه لأقضيَ بثمنه دَيْني، أو أشتريَ دقيقاً لأهلي: لم يجز أن يبيعه إلا نقداً).

وذلك لأن دلالة اللفظ والحال كالنطق بها، فصار كأنه قال: بِعْه بنقد.

قال أحمد : وينبغي أن لا يكون بينهم خلاف في هذا المعنىٰ، ألا ترىٰ أن رجلاً لو قال لرجل: اشترِ لي عبداً للخدمة: لم يجز له أن يشتريَه أعمىٰ، ولو لم يقل ذلك: جاز أن يشتريَه أعمىٰ في قول أبي حنيفة.

وكذلك لو قال: اشترِ لي جاريةً أطؤها: لم يجز أن يشتريَ له ذات مَحْرَم منه.

فينبغي أن يكون قوله: «لأقضيَ بثمنه دَيْني، أو أشتريَ به دقيقاً لأهلي»: كذلك في قولهم.

مسألة : [بيع وكيل الوكيل بمَحْضره]

وقال أبو جعفر : (ومن وُكِّلَ ببيع شيء، فوكَّل غيرَه بذلك، ففعله بمَحْضَره: كان جائزاً).

لأنه عقَدَه برأيه.

* (وإن كان غائباً: لم يجز).

لتعذُّر رأيه وإجازته.

* (إلا أن يُجيزه: فيجوز بإجازته).

وذلك لأنه عَقَدَه برأيه وإجازته، والوكالة اقتضت جواز العقد برأيه، وقد وُجِد.

وقد تقدَّم الكلام في البيع الموقوف والشرىٰ الموقوف في كتاب البيوع.

مسألة: [بيع الوكيلَيْن]

قال أبو جعفر: (وإذا وكَّلَ رجلَيْن ببيع عبدٍ أو شراه: لم يجز لأحدهما أن يعقد دون الآخر).

قال أحمد: الأصل في ذلك: أن كل عقدٍ فيه بدل، متىٰ وُكِّل به رجلان: لم يجز لأحدهما إيقاعه دون الآخر، مثل البيع، والشرىٰ، والخلع، والصلح من دم العمد، والكتابة، والعتق علىٰ مال؛ لأنه يُحتاج فيه إلىٰ الرأي لتمليك البدل، وهو حين وكَّلَهُما لم يرض برأي أحدهما، وإنما رضيَ برأيهما جميعاً، فلا ينعقد عليه برأي أحدهما.

وكذلك كلُّ ما لم يكن فيه بدل، وجَعَلَه إليهما علىٰ وجه التمليك: فإنه لا يجوز لأحدهما إيقاعه دون الآخر.

وذلك كقوله: أَمْرُ امرأتي بأيديكما إن شئتما، أو: أَمْرُ عبدي في العتق إليكما، أو: أعتِقَاه إن شئتما: فإنه لا يجوز لأحدهما إيقاعه دون الآخر.

* ودلالة التمليك فيه: تعلُّقه علىٰ المجلس، وإنما كان كذلك؛ لأن ما خَرَجَ مخرج التمليك، صار كأن المشيئة مشروطة فيه، ومِن أجل ذلك تعلَّق علىٰ المجلس، فصار كقوله: طلِّقاها إن شئتما، فلا يجوز لأحدهما إيقاعه دون الآخر؛ لأن مشيئتهما مشروطة فيه، كقوله: إن دخلتما الدار فهي طالق، أو: فعبدي حر، في كون دخولهما شرطاً فيه.

وأما ما لا بدل فيه من الإيقاع، ولم يخرج الأمر مخرج التمليك، فإن لأحدهما إيقاعه دون الآخر، كقوله: طلِّقا امرأتي، و: أعتقا عبدي، وذلك لأنه لما لم يكن فيه تمليك البدل، ولا شَرْط مشيئتهما، جرىٰ مجرىٰ الإباحة، فلو أن رجلاً قال لرجلين: أَبِحَا هذا الطعام لفلان، كان لأحدهما أن يبيحه دون الآخر، وأيضاً في الطلاق يصير كل واحد منهما كأنه موكَّل بإيقاع نصف تطليقة، وإيقاع نصفٍ منها يقتضي الجميع.

مسألة : [بطلان الوكالة بمجهول]

قال أبو جعفر : (ومَن وكَّل بشرىٰ عبدٍ، ولم يُسمِّ جنساً، ولا مالاً: كانت الوكالة باطلة).

قال أحمد : الوكالة علىٰ ضربَيْن:

ـ وكالة عامة: علىٰ وجه التفويض، وهو أن يقول: اشترِ لي بألف درهم ما شئت، أو: خُذْ هذه الألف بِضاعة[1]، أو: اجْعَل لي في مالِك بضاعةً ألفَ درهم، ونحو ذلك من الألفاظ الموجِبة للتفويض، وجعل الخيار إليه فيما يشتريه، فهذا الضرب من الوكالة لا يَضُرُّ فيها جهالة الشيء المأمور بشراه.

والأصل في المضاربة والشركة والبضاعة لا يَضُرُّه فيها أن لا يَذْكُرَ جنسَ المشترَىٰ، وكذلك الوكالة إذا خرجت مخرجها.

ـ ووكالة خاصة: وهو أن لا تقع علىٰ وجه التفويض والتخيير: فلا تصح حينئذ مع الجهالة الكثيرة، وتصح مع الجهالة اليسيرة، وذلك مثل قوله: اِشترِ لي عبداً، فلا تصح الوكالة فيه لكثرة الجهالة، ولو قال: اِشترِ

(١) البضاعة: بالكسر: قطعة من المال تُعد للتجارة، المصباح المنير (بضع).

لي عبداً ومتاعاً، أو: اشترِ لي عبداً بألف درهم: جازت الوكالة.

والأصل في هذا الضرب من الوكالة: أن يكون الثمن معلوماً، لا يصح إلا بذلك، ثم مع الجنس: ينبغي أن يكون الثمن معلوماً أو الصفة، فإن كان الثمن معلوماً: جازت الوكالة مع جهالة الصفة، وإن كانت الصفة معلومة: جازت مع جهالة الثمن.

وكان القياس عندهم أن لا تصح إلا مع نفي الجهالات التي هي منفية عن عقود البياعات، من قِبَل أن الشيء ينتقل إلىٰ الوكيل، ومن جهته ينتقل إلىٰ الموكِّل في هذا الوجه.

كمَن اشترىٰ عبداً من جملة عبيدٍ بغير عينه، فلا يجوز، هذا هو القياس في الوكالة بالشرىٰ، إلا أنهم تركوا القياس، وأجازوها مع جهالة الصفة إذا كان الجنس والثمن معلوماً، ومع جهالة الثمن إذا كان الجنس والصفة معلومة.

والأصل فيه: حديث عُروة البَارِقي، وحكِيم بن حزام «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم دَفَعَ إليه ديناراً وأمره أن يشتري له شاة»[1]، والشاة مجهولة الصفة، معلومة الجنس.

فأجزنا هذا القدر من الجهالة في الوكالة الخاصة.

وجازت أيضاً مع جهالة الثمن إذا كانت الصفة معلومة، مثل أن يقول: اِشترِ لي عبداً رُوْمِيّاً وإن لم يسمِّ الثمن؛ لأن جهالة الثمن مع معرفة الصفة، ليست بأكثر من جهالة الصفة مع معرفة الثمن.

---

(١) تقدم.

فإن قيل: عبدٌ رومي بعشرة آلاف، وعبد رومي بخمسمائة، وهذا تفاوتٌ عظيم.

قيل له: إنما يُعتبر العبد المأمور بشراه، علىٰ قَدْر حال الرجل، وما يشتريه مثلُه، فإذا اعتبرنا ذلك، لم تكن جهالة الثمن بأكثر من جهالة الصفة مع معرفة الثمن.

مسألة: [جهالة الثمن في التوكيل بشراء دابة أو ثوب]

قال أبو جعفر: (ومن وكَّل بشرىٰ دابة، أو ثوب، ولم يُسَمِّ صنفاً: لم يجز ذلك، وإن سمَّىٰ صنفاً: جازت الوكالة، سمَّىٰ في ذلك ثمناً أو لم يسم).

قال أحمد: وقد بيَّنَّا أن جهالة الجنس تمنع صحة الوكالة، سواء سمَّىٰ الثمن أو لم يسمِّ، والدواب أجناسٌ مختلفة، وكذلك الثياب مختلفة الجنس، فلا تصح الوكالة فيه.

وأما إذا سمىٰ صنفاً فقال: حماراً، أو بِرْذَوْناً[١]، أو قال ثوباً مَرْوِياً[٢]: جاز وإن لم يسم الثمن، وذلك لأنه ليس يتناول أنواعاً مختلفة يتفاوت ما بينها، فصار كالعبد الرومي، والحبشي، تجوز الوكالة فيه، وإن لم يسمِّ

---

(١) البراذين: هي الخيل غير العراب، وسميت بذلك لثقلها، وأصل البرذنة: الثقل، كما في مشارق الأنوار ١/٨٣، والعراب: الواحد: عربي، كما في المصباح المنير (عرب).

(٢) نسبه إلىٰ (مَرو)، أشهر مدن خراسان، والنسبة إليها مروزي علىٰ غير قياس، والثوب: مروي علىٰ القياس، معجم البلدان ٥/١١٣.

وفي القاموس المحيط: مَرْو: بلد بفارس، والنسبة مَرْوي، ومَرَوي، ومروزي.

ثمناً.

مسألة : [جهالة الثمن في التوكيل بشراء دار]

قال أبو جعفر : (ومن وكَّل بشرىٰ دار، ولم يسمِّ ثمناً: لم يجز ذلك، وإن سمَّىٰ ثمناً: جاز ذلك، وكان ذلك علىٰ دور المِصْر الذي وقعت فيه الوكالة، في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول، ثم رَجَعَ فقال: لا تجوز الوكالة في ذلك وإن سمَّىٰ فيه الثمن، حتىٰ يسميَ فيه مِصْراً بعَيْنه).

قال أحمد : الدور مختلفةٌ متفاوتةُ القيمة، فكانت جهالتها كجهالة الجنس، ألا ترىٰ أنه لو تزوَّج امرأة علىٰ دار، لم يكن ذلك تسمية صحيحة، وكان لها مهر مثلها، كما لو تزوجها علىٰ دابة.

فإن سمَّىٰ بيتاً: جازت الوكالة؛ لأن دور المصر الواحد لا تتفاوت مع تسمية الثمن، كالدابة إذا سمىٰ نوعاً، وكالثوب إذا سمىٰ صِنفاً منه.

وجَعَلَها أبو حنيفة علىٰ دور المصر، للعُرْف والعادة؛ لأنه معلوم أن مَن أَمَرَ إنساناً أن يشتري داراً وهو ببغداد: لم يُرِد به شراها بمِصْرَ، أو مكة.

* وأبو يوسف حَمَلَ الوكالة علىٰ الإطلاق، غير مخصوصة بدور المصر، فلم تجز لأنها تختلف في البلد الواحد ولو مع تسمية الثمن.

* * * * *



كتاب الإقرار بالحقوق

[مسألة : القول قول المقر]

قال أبو جعفر : (وإذا أقرَّ الرجل: لفلانٍ عليَّ شيء، ثم قال: هو كذا، لشيءٍ ذَكَرَه: لم يلزمه غيره).

قال أحمد : قوله: لفلان عليَّ شيء، يقتضي لزومه شيئاً تَصِحُّ المطالبةُ به، ويكون مضموناً عليه، فإذا أقرَّ بشيء له قيمةٌ: صُدِّق، ولم يلزمه غيره، وإن أقرَّ بشيء لا قيمة له: لم يصدَّق؛ لأن مثله لا يكون مضموناً، ولا تصح المطالبة به، ولا لزومه.

وإنما كان القول قوله، ولم يصدَّق المدَّعي علىٰ ما ادعىٰ من الزيادة إلا ببينة؛ لأن الأصل في الإقرار أن لا نلزم المقرَّ إلا ما تيقَّنَّا دخوله في إقراره، ولا نلزمه ما شككنا فيه، هل دخل في إقراره أم لا؟ مِن قِبَل أن الإنسان بريء الذمة في الأصل من حق الغير، فما تيقَّنَّا أن إقراره قد شَغَله منها: شَغَلناه، وما شككنا فيه: فهو فارغ علىٰ الأصل.

والدليل عليه: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «البيِّنة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ المدَّعىٰ عليه»[1].

فجَعَلَ القولَ قولَ المدعىٰ عليه، من حيث كان بريءَ الذمة في الظاهر

(١) تقدم.

من حق الغير، وجَعَلَ علىٰ المدعي خلافَ الظاهر البينةَ.

وكذلك المقَرَّ له مدَّعٍ للزيادة التي لم يُتَيَقَّن دخولها في إقرار المقر، فكان القولُ فيها قولَ المقر مع يمينه، وعلىٰ المدعي البينة.

مسألة: [الاستثناء في ألفاظ الإقرار]

قال أبو جعفر: (ولو قال: له علي عشرة دراهم إلا سبعة: لم تلزمه إلا ثلاثة دراهم).

وذلك لأن الثلاثة مع الاستثناء عبارة عن الباقي، فصارت الثلاثة لها عبارتان، إحداهما: قولك ثلاثة، والثانية: قولك: عشرة إلا سبعة.

والدليل علىٰ ذلك: أن المعقول بكل واحد منهما من القولين هو المعقول بالآخر، ألا ترىٰ إلىٰ قوله: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾[1]، عُقِلَ منه ما يُعقل من قوله لو قال: تسعمائة وخمسين.

مسألة: [الاستثناء من المستثنىٰ]

قال أبو جعفر: (ولو قال: له علي عشرة إلا ثلاثة إلا درهماً: كان له ثمانية دراهم).

وذلك لأن الاستثناء حكمه أن يرجع إلىٰ ما يليه، والدليل عليه: قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ۝٥٩ إِلَّا امْرَأَتَهُ﴾[2]، فكان آل لوط مُسْتَثْنيين مِن المهلكين، ثم كانت المرأة مستثناةً من المُنْجَيْن، لاحقةً بالمُهْلَكِين، وكان الاستثناء في كل واحد راجعاً إلىٰ ما يليه دون ما يقتصر.

---

(١) العنكبوت: ١٤.

(٢) الحجر: ٥٩-٦٠.

وإذا صح ذلك، كان قوله: لفلان عليَّ عشرة إلا ثلاثة: موجِباً لاستثناء الثلاثة من العشرة لو اقتصر عليها، فلما لم يقتصر عليها حتىٰ قال: إلا درهماً، كان الدرهم مستثنىٰ من الثلاثة؛ لأنه يليها، فنفىٰ منها درهماً، فحصل الاستثناء من العشرة درهمان.

مسألة : [الاختلاف في حلول المال المقَرِّ به]

قال أبو جعفر : (ولو قال: له عليَّ عشرة دراهم إلىٰ شهر، فقال المقَرُّ له: بل هي حالَّة: كان القول قول المقَرِّ له مع يمينه).

وذلك لأن قوله: علي عشرة: إقرارٌ له بما لزمه في الحال، وذِكْر الأجل دعوىٰ لحقٍّ يدَّعيه لملك الغير، فلا يصدَّق؛ لأن كل مَن أقرَّ لغيره بملك شيء، ثم ادعىٰ فيه حقاً: لم يصدَّق إلا ببينة، كمن أقر لرجل بدار في يده، وادعىٰ أنه آجَرَها منه، أو رَهَنَها إياه، فلا يصدق إلا ببينة.

[مسألة :]

قال : (ولو قال: كفلت لك بعشرة دراهم إلىٰ شهر، فقال المقَرَّ له: بل كفلتَ لي حالَّة، كان القول قول المقِر، في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول، ثم رجع أبو يوسف فقال: لا يصدَّق علىٰ الأجل).

وإنما صُدِّق علىٰ الأجل؛ لأن مال الكفالة قد يجوز أن يتعلق ثبوته بمجيء الوقت، بأن يقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد كفلتُ بما لَك علىٰ فلان، فيصح ذلك، فلما كان كذلك، كان القول كقوله فيه، كأنه أقرَّ بضربٍ من المال دون غيره، وأما سائر الديون فلا يصح تعلقها بمجيء الوقت، فكان قوله: عليَّ عشرة دراهم: إقرار يلزمه، وادعىٰ دخول الأجل عليه، فلم يُصدَّق.

ألا ترىٰ أنه لو قال: قد بعتُك هذا العبدَ بألف درهم، علىٰ أن لا

تلزمك الألف إلا بعد شهر: لم يصح، ولو قال: بألفٍ إلىٰ شهرٍ: جاز؛ لأن الألف قد لزمت في الحال، ودخل الأجل عليه لتأخير المطالبة، فلذلك اختلفا.

مسألة : [الاستثناء بعد السكوت في الإقرار]

قال أبو جعفر : (ولو قال: له علي عشرة دراهم، ثم سكَت، ثم قال: إلا درهماً: كانت عليه عشرة، وكان الاستثناء باطلاً).

وذلك لأن الاستثناء إذا لم يكن موصولاً بالجملة: انْفَرَدَ عن حكمها، وثَبَتَ حُكْم الجملة معفواً منها ما تضمنته من المال؛ لأن قوله: له علي عشرة: إذا سكت عليها يلزمه العشرة، فإذا قال بعد لزومها: إلا درهماً: كان ذلك رجوعاً عما لزمه، ولم يكن استثناء.

ألا ترىٰ أن الاستثناء الذي هو المشيئة، لا يصح حكمه بعدُ مع السكوت إذا قال: عبدي حرٌّ، ثم سَكَتَ، ثم قال: إن شاء الله: لم يُقبل الاستثناء، ولو قال: عبدي حرٌّ إن شاء الله، موصولاً: لم يعتق.

ويدل علىٰ ذلك: أنه لو قال: لفلان عليَّ ألف درهم ولفلان: كانت الألف لهما جميعاً، ولو قال: لفلان علي ألف درهم، ثم سكت، ثم قال: ولفلان: لم ينقص الأول من الألف شيئاً.

مسألة : [الجمع بين شيئين في الإقرار]

قال أبو جعفر : (ولو قال: له علي عشرة ودرهم: كانت عليه أحد عشر درهماً).

وذلك لأن قوله: عليَّ: يقتضي شيئاً عليه في ذمته، والدرهم مما يصح ثبوته في الذمة، فكانت العشرة من جنس الزيادة، فصار كقوله: له علي أحد عشر درهماً.

قال أحمد : وكذلك هذا في كلِّ مكيل، أو موزون، أو معدود؛ لأن جميع ذلك يثبت في الذمة بنفسه، ألا ترىٰ أن علىٰ مستهلِكِه مثله في ذمته.

مسألة :

قال أبو جعفر : (لو قال: له علي عشرة وثوب: كان له عليه ثوب، وكان القول قولَه في العشرة).

قال أحمد : وذلك لأن قوله: له علي عشرة: يقتضي ثبوت شيء في ذمته، والثوب مما لا يصح ثبوته في ذمته بنفسه؛ لأن مستهلِكَه لا يلزمه مثله، وإنما يُلزَم قيمتَه، وليس ذكر الثوب في ذلك عبارة عن عدد، إذ جائز أن يكون عبارة عن الجنس إذا دخلت الألف واللام عليه، فلم يكن في اللفظ دلالة علىٰ أن العشرة من جنس الثوب، لاختلاف حكمهما في ثبوتهما في الذمة، وفي العبارة عن العدد، فلم يجز أن نجعله كقوله: له علي أحد عشر ثوباً، فلذلك انفرد حكم الثوب عن حكم العشرة، وكان القول قولَه في العشرة.

وكذلك لو قال: عشرة وثوبان؛ لأن قوله: وثوبان: تضعيفٌ لذلك الثوب الذي لم يوجب ذكره كون العشرة أثواباً.

مسألة :

قال : (ولو قال: له علي عشرة وثلاثة أثواب: كان عليه ثلاثة عشر ثوباً).

وذلك لأنه قرَّر الأثواب، وذَكَر الأعداد، وهو قوله: ثلاثة، فالعشرة أيضاً من ألفاظ الأعداد، فصارت العشرة من جنس الأثواب، لاتفاقها في ذِكْر العدد، كقوله: ثلاثة عشر ثوباً.

وليس كذلك الثوبان؛ لأنه تضعيفٌ للثوب، والثوب ليس بعبارة عن

العدد، بل عن الجنس، فلذلك اختلفا.

مسألة : [الاستدراك في لفظ الإقرار]

قال أبو جعفر : (ولو قال: له علي درهم، لا بل دينار: كان عليه درهم ودينار إذا ادَّعاهما المقرُّ له).

وذلك لأن قوله: له علي درهم: إقرارٌ بالدرهم، وقوله: لا: رجوعٌ عما أَقَرَّ به، و: بل: استدراكٌ وإثباتٌ للثاني، فلا يُصدَّق علىٰ الرجوع؛ لأنه علىٰ غيره، ويُصدَّق علىٰ إثبات الثاني؛ لأنه علىٰ نفسه.

مسألة :

قال : (ولو قال: له علي درهمٌ، لا بل درهمان: لزمه درهمان).

وذلك لأن الدرهم يصح دخوله تحت الدرهمين، فيصح بذكر الدرهمين خبراً عنهما، فلم نجعله غيرهما.

مسألة :

قال : (ولو قال: هذا العبد لزيد، لا بل لعَمْرو: يُسلِّمه إلىٰ زيد، ولم يكن لعمرو شيء).

وذلك لأن إقراره قد صح لزيد بَدْءاً، فلا يُصدَّق بعد ذلك علىٰ إزالة ملك زيد عنه بقوله؛ لأن إقرار الإنسان حكمُه أن يصح منه ما كان علىٰ نفسه، ولا يصح علىٰ غيره.

مسألة :

(ولو أقرَّ به لزيد، وسلَّمه إليه بغير قضاء، ثم أقرَّ به لعَمْرو: ضَمِنَ قيمتَه لعمرو).

وذلك لأنه قد اعترف علىٰ نفسه بفعلٍ يلزمه به الضمان، وهو تسليمه

إلىٰ زيد مع إقراره بأنه لعَمْرو، وقد صُدِّق علىٰ نفسه فيما تضمنه إقراره من الضمان، ولا يُصدَّق علىٰ زيد في إبطال ملكه.

* **قال**: (ولو كان سلَّمه إلىٰ زيد بقضاء قاض: فلا ضمان عليه).

مِن قِبَل أن القاضي أخرجه عن يده، فلم يكن منه فِعْلٌ فيه يلزمه الضمان، وإقراره به بَدْءاً لزيد لا يُلْزِمُه الضمان لعَمْرو؛ لأن مال الغير لا يُضمن بالإقرار، ويُضمن بالتسليم.

ألا ترىٰ أن مَن أقرَّ بعبدٍ في يد رجل أنه آجره: لم يضمنه، ولو أخذه وسلَّمه إليه: ضمنه.

مسألة:

قال: (ولو قال: غصبتُ هذا العبد مِن زيد، فسلَّمه إليه بقضاء، أو بغير قضاء، ثم قال: غصبتُه من عَمْرو: ضَمِنَ لعَمْرو قيمتَه).

لأنه اعترف بضمانه بالغصب.

مسألة: [دخول الغاية في ألفاظ الإقرار، وعدم دخولها]

قال: (ولو قال: لفلانٍ عليَّ من درهم إلىٰ عشرة دراهم: كانت له عليه تسعة دراهم في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: عشرة).

الأصل في ذلك عند أبي حنيفة: أن الغاية قد تدخل في حال، ولا تدخل في أخرىٰ، فهي مشكوك فيها، وقد قدَّمْنا فيما سلف، أنَّا لا نُلْزِم المقِرَّ إلا ما تيقَّنَّا دخوله في إقراره، فلما كان الدرهم العاشر الذي هو الغاية مشكوكاً فيه: لم يدخل في إقراره.

والدليل علىٰ أن الغاية قد لا تدخل: قوله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى

﴿ٱلَّيۡلِ﴾[١]، فلم يدخل الليل فيه.

وقـال: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغۡتَسِلُواْ﴾[٢]، فـدخل الغُـسْل في إباحة الصلاة.

وعلىٰ هذا المعنىٰ قلنا في قوله تعالىٰ: ﴿فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ﴾[٣]: أنها داخلة في الغَسْل؛ لأنها لما كانت مشكوكاً فيها بـدخول الغاية عليها، وكان الحَدَث يقيناً، لم نرفعه بالشك.

ولهذه العلة قال أبو حنيفة: إذا باع عبـداً علـىٰ أنـه بالخيـار إلىٰ وقـت الظهر، أن وقت الظهر داخل في الخيار؛ لأن الثمن لمـا لم يـستحق عليـه بعقد البيع، إذ لم يملك عليه المبيع مع شرط الخيار، بقَّيْنَاه علىٰ الأصـل، ولم نُخْرِجْه عن ملكه بالشك.

فالمعنىٰ المانع من دخول الدرهم العاشـر في الإقـرار، هـو الموجِـب لدخول المَرَافق في الطهارة، ودخول وَقْتِ الظهر في الخيار.

وكذا قال أبو حنيفة في قوله: أنتِ طالق مِـن واحـدة إلىٰ ثـلاث: أنهـا تطلق ثنتين، للعلة التي ذكرنا، وهو أنَّا لا نوقع الطـلاق بالـشك، والغايـة مشكوك فيها.

* وقال أبو يوسف ومحمـد: تـدخل الغايـة في الطـلاق، والإقـرار، والمرافق في الطهارة، ولا يدخل وقتُ الظهر في الخيار، وذلـك لأنـه قـد

---

(١) البقرة: ١٨٧.

(٢) النساء: ٤٣.

(٣) المائدة: ٦.

لَفَظَ بالثلاث، وذَكَرَ العشرة في الإقرار، والمَرَافقُ مذكورة في آية الطهارة، فلا نُخرج شيئاً منها من حكم اللفظ إلا بيقين.

وأما الخيار إلىٰ وقت الظهر، فإنهم جعلوه بمنزلة قولك: بعتُكَ هذا العبد بألف درهم إلىٰ شهر رمضان: أن شهرَ رمضان غير داخل في الأجل باتفاق، وكذلك وقت الظهر لما جعله غاية لأجل الخيار، لم يدخل.

* وفرَّق أبو حنيفة بين قوله في الأجل إلىٰ شهر رمضان، وبين الخيار إلىٰ وقت الظهر، لجريان الفرق بنفي دخول شهر رمضان في الأجل، كما لو قال: بِعْتُكَه بألف درهم إلىٰ سنة ثلاثٍ وخمسين: لم تدخل سنة ثلاث في الأجل.

وأصلٌ آخر تجري عليه مسائل أبي حنيفة في هذا الباب، وهو: أن الجملة متىٰ كانت منتظمةً للغاية، وما عداها، فإن دخول الغاية لنفي ما عداها، كقوله تعالىٰ: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ﴾[1]: يتناول العضو إلىٰ المَنْكِب.

يدل عليه أن عماراً تَيَمَّم إلا الآباط[2]، لقوله تعالىٰ: ﴿بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ﴾[3]، فكان قوله: ﴿إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾: لإسقاط ما عَدَاها، وبقي حكم اللفظ موجوداً في الغاية، لم يسقط عنها بالشك، إذ جائز أن يريدها.

---

(١) المائدة: ٦.

(٢) فتح الباري ١/٤٤٥.

(٣) المائدة: ٦.

وكـذلك قولـه: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ﴾[١]؛ لأن الاسـم يتنـاول العضو إلىٰ الفخذ.

وقولُـه: ﴿وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ﴾[٢]، فأبـاح الأكـل بالليل، وحَظَرَه بالنهار، واسم النهار لا ينـتظم الليـل، فلـم تـدخل الغايـة لإسقاط ما انتظمَتْه الجملة، فلذلك لم تدخل في الحكم.

ولهذا قلنا في قوله: علىٰ أنك بالخيار إلىٰ وقت الظهر: أن ذلك سـاقطٌ ما عدا الغاية؛ لأن قوله: علىٰ أنك بالخيار: يقتضي خياراً مؤبَّـداً، ولـذلك يفسد البيع، فإذا قال: إلىٰ وقت الظهر: فإنما ذكر الغاية لإسقاط ما عـداه، فلذلك دخل فيه، كما دخلت المرافق والكعبان في الغَسْل.

* وأما قوله: لفلانٍ عليَّ مـن درهـم إلىٰ عـشرة، و: أنـتِ طـالق مـن واحدة إلىٰ ثلاث: فلم تنتظم هذه الجملة دخـول الغايـة فيهـا، فلـم يلزمـه العاشر، إذ لم تنتظمه الجملة، ولا اشتمل عليه معناها، وإنما ذلك العاشر في الغاية، وجائز أن يُرَاد، وأن لا يُرَاد، فلم يلزمه للشك.

وأما الابتداء[٣]، فهو ثابت لا محالة، إذ لا تصح بها العشرة إلا عليه، ولأن الدرهم مذكور في اللفظ بلا محالة، فهو ثابت، وليس كذلك الغاية؛ لأن الدرهم العاشر غير مذكور في اللفظ علىٰ حياله، وإنما هو مـذكور في جملة العشرة.

---

(١) المائدة: ٦.

(٢) البقرة: ١٨٧.

(٣) أي ما جُعل بداية للقَدْر المقَرِّ به.

* وقال زُفَر: يسقط الابتداء والغاية، فتلزمه ثمانية، وجعله بمنزلة قوله: لفلان مِن هذا الحائط إلىٰ هذا الحائط: وهذا لا خلاف فيه أنه علىٰ ما بينهما، ولا يدخل فيه الحائطان.

وفرَّق أبو حنيفة بينهما، مِن قِبَل أن ذِكر الحائطين في هذا الإقرار علىٰ وجه التحديد للموضع، والحدُّ لا يدخل في المحدود، ألا ترىٰ أنه إذا قال في الشِّرىٰ: حدُّه الأول إلىٰ الطريق: أن الطريق غير داخل في العقد.

* وقوله: علي ما بين درهم إلىٰ عشرة دراهم: علىٰ الاختلاف الذي ذكرنا في قوله: علي من درهم إلىٰ عشرة.

مسألة: [الاستثناء من غير جنسه في الإقرار]

قال أبو جعفر: (ولو قال: له عليَّ دينار إلا درهماً، أو إلا قفيز حنطة: فعليه دينار إلا مقدار قيمة ذلك منه.

ولو قال: عليَّ دينار إلا ثوباً: كان عليه دينار، ولم يصح استثناء الثوب.

وقال محمد: لا يصح الاستثناء من غير جنسه).

قال أحمد: أصل أبي حنيفة في ذلك، أن الاستثناء لما ثبت في الذمة بنفسه، يصح من الجملة ولو كان من غير جنسه، وما لا يصح ثبوته في الذمة بنفسه، لم يصح استثناؤه من غير جنسه.

فما يثبت في الذمة بنفسه هو الذي يلزم بالاستهلاك مثله، وما لا يثبت في الذمة بنفسه، هو ما يلزم بالاستهلاك قيمته.

وإنما جاز هذا عنده؛ لأن قوله: عليَّ: ينفي ثبوت ما أقرَّ به في ذمته، فجاز أن يستثنيَ منه ما يثبت في الذمة بنفسه، وكان هذا بمنزلة الاستثناء

من جنسه، لجواز كون الجميع في الذمة بالإطلاق.

ويدل على ذلك: قول الله تعالىٰ: ﴿ فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۝٣٠ إِلَّآ إِبْلِيسَ أَبَىٰٓ ﴾[1]، فاستثنىٰ إبليس من الملائكة، وليس مِن جنسهم، لجواز كونه من الساجدين، وإن لم يكن مِن جنس الملائكة المأمورين بالسجود، وكذلك ما وصفنا.

وأما الثوب فلا يصح ثبوته بالذمة بنفسه، فلم يكن هناك جهة لجواز استثنائه من الدراهم لو لم تكن من جنسه، ولا ممَّا يثبت في الذمة بنفسه، فتصح العبارة عنه بقوله: عليَّ، فلذلك بطل.

وأما محمد، فإنه لم يُجزِ الاستثناء من غير جنسه، كما لم يُجزِ استثناء الثوب من الدراهم.

مسألة: [لو ادَّعىٰ أنه أخذها وديعة، فقال له: بل غَصْباً]

قال أبو جعفر: (ومَن قال لرجل: أخذتُ منك ألف درهم وديعةً، فهلكت، وقال صاحبُ المال: أخذتَها غصباً: فالمقِرُّ ضامن لها).

وذلك أنه أقرَّ بفعل، فلزمه الضمان، وهو قوله: أخذتُها، وادَّعىٰ البراءة بالإذن، فلا يصدَّق.

كمن أقرَّ لرجلٍ بألف درهم في ذمته، ثم ادَّعىٰ أنه أَبْرَأَه.

وكمَن قلع ضرساً لرجل، ثم قال: استأجَرْتَني بنصف درهم علىٰ قلعه، فيضمن، ولا يُصدَّق علىٰ ما ادعىٰ.

(١) الحجر: ٣٠-٣١.

وكمَن هَدَمَ حائطَ رجل، وقال: استأجرتَني علىٰ هدمه، فيضمن ما هدم، ولا يُصدَّق علىٰ الإجارة.

ويُستحلف المقَرُّ له؛ لأنه مدَّعَىً عليه، ادَّعىٰ المقِرُّ البراءةَ من جهته بعد اعترافه بما يوجب عليه الضمان، كمَن أقرَّ لرجل بألف درهم، وادعىٰ البراءة.

مسألة :

قال أبو جعفر : (ولو قال: أعطيتَني ألف درهم وديعةً، فهلكت، وقال الآخر: أخذتَها غصباً: فالقول قول المقِرِّ مع يمينه).

وذلك لأنه لم يعترف بفعلٍ لنفسه يُلزِمه الضمان، وإنما اعترف بفعل الدافع، إذ جائز أن يودِعه هو، بأن يضعه في بيته، من غير أن يقبضه المودَع، فلم يُصدَّق المقَرُّ له علىٰ دعوىٰ الضمان إلا ببينة.

مسألة : [ادعاء المقِرِّ زيوفَ الدراهم المقِرِّ بها]

قال أبو جعفر : (وإذا قال له: علي ألف درهم من ثمن متاع، أو قرض، ثم قال: هي زيوف أو بَهْرَجة[1]: لم يصدَّق، وَصَلَ أو قَطَعَ.

وقال أبو يوسف ومحمد: يُصدَّق إذا وَصَلَ).

لأبي حنيفة: أن عقد البيع يوجب صحة الثمن للبيِّع، كما يوجب صحة المبيع للمشتري، فدعوىٰ المشتري لرضا البيِّع بالزيوف، كدعوىٰ

---

(١) البهرج: الدرهم الذي فضته رديئة، وعن ابن الأعرابي: المُبْطَل السكة، كما في المغرب ١/٩٢، ودراهم زيوف: أي صارت مردودة عليه لغش فيها، وقيل: دون البهرج في الرداءة، المغرب ١/٣٧٦.

البيِّع لرضا المشتري بعيبٍ في المبيع، فلا يصدَّق؛ لأنه بمنزلة من ادعىٰ البراءة من عيب بمبيع يوجب العقد صحته.

* وفي قولهما: يُصدَّق إذا وَصَلَ، كما لو استثنىٰ، وإذا قَطَعَ: فقد لزمه الثمن صحيحاً، فلا يُصدَّق علىٰ النقص، كما لا يصدق علىٰ الاستثناء.

والقرض كالبيع؛ لأنه يقتضي صحة البدل في العرف، من حيث مَلَكَه بالتراضي علىٰ وجه البدل.

مسألة:

قال أبو جعفر: (ولو قال له: علي ألف درهم من ثمن متاع سَتُّوقَةً أو رصاص[١]، فإن وَصَلَ: فعليه في قول أبي يوسف ألفٌ جياد. قال أبو يوسف: لأني لو صدَّقْتُه علىٰ ذلك أفسدتُ البيع.

قال: وقال محمد: القول فيه قوله، وأُصَدِّقُه، لأنه لو لم يقرَّ إلا ببيعٍ فاسد، والآخر يدعي بيعاً صحيحاً، فهو مدَّعٍ، وعليه البينة).

قال أحمد: روىٰ أبو الحسن رحمه الله في هذه المسألة أن قول أبي حنيفة أنه لا يُصدَّق، وعليه ألفٌ جياد، وهو صحيح علىٰ ما قدَّمنا من الاعتلال.

قال: وقال أبو يوسف: يصدق المقِر، والبيع فاسد؛ لأن الستوقة لا يُتَبَايع بها، وهذا خلاف ما رواه أبو جعفر عنه[٢]، وفي غير كتاب الإقرار

---

(١) الرصاص في الزيوف من الدراهم: هو المموه، كما في المغرب ١/٣٣١، وتقدم تعريف الستوقة.

(٢) ما رواه أبو جعفر عن أبي يوسف أنه لا يصدق، جعله الإسبيجابي في شرحه =

من الأصول، كما روىٰ أبو جعفر من الاختلاف.

ولقول أبي جعفر وجه آخر في هذه المسألة، وهو: أن كلَّ متعاقدين دَخَلاَ في عقد، فدخولهما فيه اعتراف منهما بجوازه، ألا ترىٰ أنهما لو تبايعا، ثم ادعىٰ أحدهما شرطاً في العقد يفسد العقد، أو خياراً مجهولاً، لم يصدَّق عليه، وكان القول قول مدعي الصحة.

فكذلك إذا ادعىٰ المشتري أنها ستُّوقة، فقد ادعىٰ فساد البيع؛ لأن الستوقة عَرْضٌ تختلف أنواعه وقيمته، بمنزلة أواني صُفْر غير معينة، فلا يجوز.

* ووجه قول أبي يوسف الذي رواه أبو الحسن، وقول محمد الذي رواه أبو جعفر: هو أنهما في هذه الحال مختلفان في الثمن، كالذي يقول: اشتريتُه بألف درهم، وقال البيِّع: بعتُكه بمائة دينار: فلا يصدَّق البيِّع علىٰ دعواه.

وبمنزلة مَن قال: اشتريتُه بخَمْر، وقال البيِّع: بعتُكه بدراهم.

وأما الزيوف فهي مِن جنس الجياد، وإنما ذاك عيب فيها، ألا ترىٰ أنه يجوز أخذها عن الجياد في ثمن الصرف، ورأس مال السَّلَم، ولا يجوز مثله في الستوقة.

مسألة: [دعوىٰ الزيوف في الإقرار بغصب أو وديعة]

قال أبو جعفر: (ولو قال: غصبتُكَ ألف درهم، أو أَوْدَعْتَنِيها، ثم قال

٢/ لوحة/ ١٦ هو قوله الأول، وما رواه عنه أبو الحسن الكرخي أنه يصدق، جعله الإسبيجابي هو قوله الأخير الذي صار إليه.

بعد ذلك: هي زيوف أو بَهْرَجة: صُدِّق».

وذلك لأن الغصب والوديعة لا يوجبان صحة المغصوب والمودَع.

وأيضاً فلم تجر العادة في الغصب والوديعة بجيادٍ دون غيرها، والعادة في البيع الجياد، دون الزيوف.

مسألة: [دعوىٰ الإقرار بعبدٍ لم يقبضه]

قال أبو جعفر: (ولو قال: له عليَّ ألف درهم من ثمن عبدٍ باعنيه، ولم أقبضه: لم يصدَّق في قول أبي حنيفة، ولزمه ما أقرَّ به إلا أن يقولَ موصولاً بإقراره: مِن ثمن هذا العبد، لعبدٍ قائم في يد المقِر: فيكون القول فيه قوله).

وذلك أن قوله: له علي ألف درهم: يقتضي ثبوت المال عليه في ذمته، فإذا قال: مِن ثمن عبدٍ باعنيه، وهو بغير عينه، ومعلوم أنه لا يجوز أن يلزمه ثمن عبدٍ بغير عينه، لأنه لو اشترىٰ عبداً بعينه، ثم اختلط بعبيد، فلم يُعرف بعينه: بَطَلَ البيع وسَقَطَ عنه المال، فصارت إضافته له إلىٰ ثمن عبدٍ بغير عينه، رجوعاً عن الإقرار، كمَن قال: له علي ألف درهم ليست له علي.

وأما إذا أضافه إلىٰ عبدٍ بعينه: فالقول قوله؛ لأنه لم ينف وجوبه، وإنما أضافه إلىٰ هذه الجهة دون غيرها.

ومَن أقر لإنسان بحقٍّ: فالقول قوله فيه من أي جهة لزمه، ما لم يكن في ذكر الجهة إقراره وإبطاله.

* **قال**: (وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما يقولان: لو صدَّقه المقَرُّ له أنه مِن ثمن عبد: كان القول قول المقر أنه ما قبضه).

مِن قِبَل أن العبد لا يصير في ضمانه إلا بالقبض، فلا يُصدَّق

البيِّع علىٰ القبض.

(وأما إذا قال المقَرُّ له: هي لي عليه، لا من ثمن عبد بعتَه: فالقول قوله، ولزم المقر الدراهم).

لأنه غير مُصدَّق علىٰ إسقاطه عن نفسه بقوله: من ثمن عبدٍ بغير عينه.

مسألة: [الإقرار بدَيْنٍ في المرض]

قال أبو جعفر: (ومَن أقرّض بدينٍ في مرضه: لزمه كما يلزمه في صحته، إلا أن يكون عليه دين في الصحة، فيُبدأ به علىٰ دين المرض).

وذلك لأن المرض لا يوجب حَجْراً عليه في إقراره للأجنبي، كما لا يوجب حَجْراً في التصرف في الشرىٰ والبيع، ولا نعلم أيضاً في جوازه خلافاً بين الفقهاء[1].

وأما إذا كان عليه دين في الصحة، فإن إقراره جائز أيضاً، إلا أنه يُبدأ بدين الصحة، وذلك لأن غرماء الصحة قد تعلَّق لهم حق الاستيفاء في مرضه في ماله.

ألا ترىٰ أنه لو وهب أو تصدق، ثم مات: فُسخ ذلك كله لحقِّ الغرماء، فلما تعلَّق لهم حقٌّ بعين المال في المرض، لم يُصدَّق المريض عليهم في إيجاب المحاصَّة بينهم وبين مَن أقرَّ له في المرض فيما في يده.

مسألة: [إقرار المريض بدَيْن لأحد ورثته]

قال: (ولا يجوز إقرار المريض بدينٍ لأحدٍ من ورثته إذا مات من مرضه).

---

(١) المغني ٥/٣٤٢.

وذلك لأن المرض يوجب حَجْراً عليه في حكم الوارث، والدليل عليه: أن ما يَملكه من ماله في حال الموت، وهو الثلث، لا يجوز صرفه إلىٰ الوارث، فهذه صفة الحَجْر أن لا يجوز تصرف المالك فيما يملكه، كالصبي والمجنون.

والدَّيْن كذلك حكمه مع الأجنبي، ألا ترىٰ أنه يملك صَرْف ما يملكه من الثلث في حال الموت إليه، فدل أنه غير محجور عليه في حق الأجنبي.

فإن قيل: فهو محجورٌ عليه في حق الأجنبي في الثلثين؛ لأنه لا يجوز صَرْفهما عليه في حال المرض من الثلثين، لأنه لا يجوز صَرْفهما إليه في حال الموت.

قيل له: لأنه في حال المرض غير مالك للثلثين؛ لأنَّ تصرفه في المرض معتبر به حال الموت، ألا ترىٰ أن هبته في المرض لا تجوز إلا من الثلث، كأنه وهب بعد الموت، وهو فإنما يملك في المرض ما يملكه بعد الموت، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة: «إن الله تعالىٰ جَعَلَ ثُلثَ أموالكم في آخر أعماركم زيادةً في أعمالكم»[1].

«وقال لسعدٍ حين قال: أتصدق بجميع مالي في مرضي؟ فقال:

(١) سنن ابن ماجه ٢/٩٠٤، قال البوصيري في زوائده: في إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي، ضعفه غير واحد. اهـ. شرح معاني الآثار ٤/٣٨٠، سنن الدارقطني ٤/١٥٠، قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ٣/١٠٧: «رواه الدارقطني، وأخرجه أحمد والبزار من حديث أبي الدرداء، وابن ماجه من حديث أبي هريرة، وكلها ضعيفة، لكن قد يقوي بعضها بعضاً». اهـ، وينظر نصب الراية ٤/٣٩٩.

الثلث والثلث كثير»[١].

فلما كان تصرفه في الثلثين في حال المرض بالهبة ونحوها كتصرف مَن تصرف في ملك غيره، لم يدل ذلك علىٰ الحَجْر؛ لأن امتناع جواز تصرف الإنسان في ملك الغير، لا يدل علىٰ الحَجْر.

ولهذه العلة قال أبو حنيفة في بيعه مِن وارثه في المرض بمثل القيمة: أنه لا يجوز؛ لأنه حين كان محجوراً عليه في حق الوارث لما بيَّنَّا، صار كالمجنون والصغير إذا باعا بمثل القيمة.

* ووجه آخر: وهو أنه لا يملك في المرض إيجاب حقٍ للوارث فيما يملكه بقوله، وهو الهبة والوصية، ، كذلك الدين، إذ كان ثبوت جميعه متعلقاً بقوله، وهو يملك إثبات الحق في ماله لأجنبي بقوله، لأنه لو وهب له مقدار الثلث من المال في مرضه جاز، فإذا أقرَّ فيه بدينٍ جاز إقراره فيه علىٰ الوجه الذي أقرَّ به، واستحق الثلث بالدين، ثم ما بقي ينبغي أن يجوز إقراره في الثلث لهذه العلة أيضاً، ثم كذلك أبداً حتىٰ لا يبقىٰ شيء من ماله إلا مستحقاً بالدين، وبذلك فارق الوارث.

* * * * *

(١) صحيح البخاري ٥/٣٦٣، صحيح مسلم ٣/١٢٥٠.



كتاب العارِيَّة

مسألة : [ضمان العارية بالتعدِّي]

قال أبو جعفر : (والعاريَّة غير مضمونة إلا أن يتعدَّىٰ فيها المستعير، فيضمن بالتعدِّي).

وإنما لم تكن مضمونة؛ لأنه قَبَضها بإذن مالكها، لا علىٰ وجه البدل، فصارت كالوديعة.

فإن قيل: ينبغي أن يضمنها؛ لأنه قابضٌ لنفسه، وله منفعته.

قيل له: والمستأجر قابض لنفسه، ولا يضمن بالاتفاق[1]، فهذه علة منتقضة.

وأيضاً قد اتفق الجميع[2] علىٰ أن ما يَحدث من التلف والخرق باللُّبس غير مضمون، فدل أن الأصل غير مضمون، وأنه بمنزلة الثوب المستأجر، أنه لما لم يَضمن النقصان، لم يَضمن الأصل بالهلاك.

ألا ترىٰ أن الغصب لما كان مضموناً، لم يختلف فيه ضمان الجزء والكل، في أن الأصل لما كان مضموناً، كان الجزء منه مضموناً.

فإن قيل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه قال لصفوان بن

(١) المغني ٦/١١٧.

(٢) المغني ٦/١١٧.

أمية حين استعار منه أدراعاً: «إنها عارية مضمونة»[١].

قيل له: أول ما يقال: إن هذه اللفظة لا يصححها أهلُ النقل.

ورواها يزيد بن هارون ببغداد، وروىٰ غيرَها بوَاسط[٢]، وإنما الصحيح منه: «بل عارية مؤداة»[٣].

وعلىٰ أنها لو صحت، لم تدل علىٰ ضمانها عند الهلاك؛ لأن المراد: مضمونة الأداء.

كما روي في خبر آخر: «بل عارية مضمونة حتىٰ يؤدِيَها إليك»[٤].

فأخبر أن المراد ضمان الأداء والردِّ، لا ضمان القيمة عند الهلاك، وهذا كما يقول الرجل: قد ضمنتُ لك حاجتَك، يعني هممت بالقيام بها، وأضمرتها.

كذلك قوله: مضمونة، يعني به: أنه يضمن بردِّها؛ لأن صفوان قال له: تأخذها يا محمد غصباً؟ فقال: لا، بل عارية مضمونة، يعني مردودة.

---

(١) سنن أبي داود ٣/٨٢٣، سنن الدارقطني ٣/٣٩-٤٠، مسند أحمد ٣/١٠١، المستدرك ٢/٤٧ قال الحاكم: وله شاهد عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: «عارية مؤداة»، وفي المستدرك أيضاً ٣/٤٨ بلفظ: «عارية مضمونة»، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

وأخرجه ابن حبان في صحيحه (موارد الظمآن) ص٢٨٥ بلفظ: «العارية مؤداة يا رسول الله؟ قال: نعم»، وينظر نصب الراية ٤/١١٧، التلخيص الحبير ٣/٥٢.

(٢) هذا كلام أبي داود في سننه ٣/٨٢٣.

(٣) وقد بيَّن ذلك ابن التركماني في الجوهر النقي ٦/٩٠.

(٤) كما في رواية المستدرك ٣/٤٨، وغيره.

ويدل أن معنىٰ الضمان ما وصفنا، قولُ لَبِيد[١] يصف ناقتَه:

بتلك أُسَلِّي حاجَتي إن ضَـمِنْتُها وأُبْرِىءُ هَمَّاً كان في الصَّدْر داخِـلاً[٢]

قال أهل اللغة[٣]: ضمنتُها: أي صارت في قلبي، وهَمَمْت بها.

ويدل عليه «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لصفوان بعد فراغه من الحرب: «إنا فَقَدْنا مِن أدراعكم أدراعاً، فهل نغرم لك؟ قال: لا يا رسول الله، لأن في قلبي ما لم يكن فيه يومئذ»[٤].

فهذا يدل علىٰ أنها لم تكن مضمونة؛ لأنها لو كانت كذلك لما قال: هل نغرم لك؟ وهو قد غرمها وضمنها.

---

(١) هو لبيد بن ربيعة بن مالك الشاعر المشهور، من صحابة رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، كان فارساً شجاعاً سخياً، وهو الذي قال عنه صلىٰ الله عليه وسلم: «أصدق كلمة قالها شاعر: كلمة لبيد: ألا كل شيء ما خلا الله باطل»، توفي سنة ٤١هـ، وقد تجاوز المائة بكثير، له ترجمة في الإصابة ٣/٣٢٦، الأعلام ٥/٢٤٠.

(٢) جاء البيت في الأصل وفيه عدة أغلاط، حتىٰ كتب الناسخ علىٰ الهامش (ينظر)، وقد جاء علىٰ هذه الصورة:

فتلك أسلني حاجة إن ضمنتها وأحرىٰ هما كان في الصدر داخلا

وقد صححته من شرح ديوان لبيد للطوسي ص/٢٤٨ رقم/ ٦٧.

(٣) ينظر لسان العرب (ضمن).

(٤) سنن أبي داود ٣/٨٢٤، قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ٥/١٩٩، هذا مرسل، و: أناس: مجهولون.اهـ، مسند أحمد ٣/٤٠، سنن الدارقطني ٣/٣٩-٤٠، وذكر له ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٥٢ عدة طرق وقال: أورد له الحاكم شاهداً، وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث.

ألا ترىٰ «أنه لما استقرض مِن عبد الله بن أبي ربيعة ثلاثين ألفاً في بعض مغازيه، فلما قَدِم مالٌ أعطاه، وقال: بارك الله لك في أهلك ومالك، فما جزاؤك إلا الوفاء والحمد»[1].

ألا ترىٰ أنه لما كان القرض مضموناً، لم يقل: هل أغرم لك، فلو كانت العارية مضمونة، لغرمها، وما سأله عن إرادته للغرامة.

وأيضاً: لو صح أنها مضمونة لصفوان، لم يدل علىٰ ضمانها لغيره، لأن صفوان كان حربيًّا حينئذ، ولم يكن أسلم، وقد يجوز بين أهل الحرب والمسلمين من العقد، ما لا يجوز بين المسلمين فيما بينهم.

ألا ترىٰ أنه يجوز لنا أن نأخذ منهم رهائن أحراراً، ولا يجوز رهن الحرِّ فيما بيننا.

وأيضاً: يجوز أن يكون شرط ضمانها تألُّفاً له علىٰ الإسلام، كما كان يعطي المؤلَّفة قلوبهم بلا سبب غير التألّف.

ويدل عليه «أن صفوان قال للنبي صلىٰ الله عليه وسلم حين قال: أغرمها لك؟ قال: لا، فإن في قلبي من الإسلام، ما لم يكن قبل»[2].

---

(١) سنن ابن ماجه ٢/٨٠٩، سنن النسائي ٧/٣١٤، مسند أحمد ٤/٣٦، سنن البيهقي ٥/٣٥٥.

قال الحافظ ابن حجر في الإصابة في ترجمة الصحابي عبد الله بن أبي ربيعة رضي الله عنه ٢/٣٠٥ بعد أن ذكر هذا الحديث قال: «قال البخاري: إبراهيم هذا لا أدري سمع من أبيه أو لا. انتهىٰ، وأخرج هذا الحديث النسائي والبغوي، وقال أبو حاتم: إنه مرسل، يعني عن إبراهيم وأبيه، وفي الجزم بذلك نظر».اهـ.

(٢) تقدم.

فإن قيل: قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تردَّ»(١): عمومُه يوجب ضمانها.

قيل له: لم تُضْمَن حال الهلاك، لأنه قال: «عليه ما أخذت»، ولا قيمة، فليست ما أخذت، فإنما تناول ذلك ردَّ العين مادامت قائمة، فأما حال الهلاك، فلم يدخل في الخَبَر.

ويُعارَضون عليه بقوله تعالىٰ: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾(٢)، والمستعير محسنٌ في استعارته ثوباً ليصليَ فيه، وعموم الآية ينفي ضمانه.

وقد روي عن علي رضي الله عنه مثل قولنا(٣).

وروي عن ابن عباس وأبي هريرة ضمانها(٤).

مسألة: [إعارة العارية]

قال أبو جعفر: (ومَن استعار دابة، ولم يسمِّ شيئاً: كان له أن يعيرها غيرَه).

---

(١) سنن الترمذي ٥٦٦/٣ وقال: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود ٨٢٢/٣، سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢، مسند أحمد ٨/٥، المستدرك ٤٧/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، ومنهم من رواه بلفظ: «حتىٰ تؤديه»، وبلفظ: «حتىٰ تؤدي».

قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٥٣/٣: «الحسن: مختلف في سماعه من سمرة»، لكن في نصب الراية ١٦٧/٤ «قال المنذري: قول الترمذي فيه: حديث حسن: يدل علىٰ أنه يثبت سماع الحسن عن سمرة، وقال ابن طاهر: إسناده حسن متصل».اهـ.

(٢) التوبة: ٩١.

(٣) مصنف عبد الرزاق ١٧٩/٨.

(٤) مصنف عبد الرزاق ١٨٠/٨.

وذلك لأن العارية تقتضي تمليك المنافع بغير بدل، فكان له أن يُملِّكَها غيرَه، كما أن للمستأجر تمليك المنافع غيرَه؛ لأن الإجارة أيضاً تقتضي تمليك المنافع.

وليست العارية كالوديعة في أن المودَع يَضْمَنها إذا أودعها غيرَه؛ لأن الوديعة إنما هي أَمْرٌ بإمساك، ولا يدخل تحتها إمساكُ غيره، والعارية تمليك المنافع، فهي بالإجارة التي هي تمليك المنافع أشبَه.

* **قال أبو جعفر**: (فإن سمَّىٰ له شيئاً: لم يكن له أن يجاوزه إلىٰ غيره، فإن تجاوزه إلىٰ غيره: ضَمِنَ).

قال أحمد: هذا فيما يختلف استعماله من اللُّبْس والركوب ونحوهما، فإذا استعاره ليلبسه هو، فألبَسه غيرَه: ضَمِنَ؛ لأن اللبس يختلف.

وكذلك الركوب، وهو فلم يرض بركوب غيره، ولُبْسِ غيره، فإذا خالف: ضَمِنَ.

وأما ما لا يختلف استعماله واستعمال غيره فيه: فإنه لا يضمن إذا أعاره غيرَه، وإن شَرَطَ له أن يستعمله هو، علىٰ حسب ما نقول في الإجارة.

مسألة: [أقسام العارية]

والعواري عندهم علىٰ ضربَيْن: ضربٌ غير مضمون، وهو الذي يجوز أن تُملك منافعه بعقد الإجارة، كلبس الثوب، وركوب الدابة.

والضرب الآخر منها مضمون، وهو ما لا يصح تمليك منافعه بعقد الإجارة، وتكون عاريتُها قرضَها، نحو الدراهم، والدنانير والفلوس، والموزونات، والمكيلات، التي لا يُتوصل إلىٰ الانتفاع بها إلا باستهلاك

أعيانها، فتكون عاريتها قرضها، لأن العارية لما كانت تمليك المنافع، وهو لا يصل إلىٰ منافعها إلا باستهلاك العين، صار ذلك إذناً منه له في استهلاك العين، وهذا هو القرض.

ومن أجل كونه عارية، لم يصح الأجل فيه؛ لأن التأجيل لا يصح في العواري، ألا ترىٰ أنه لو أعاره ثوباً شهراً: كان له الرجوع فيه قبل الشهر.

مسألة: [استعارة الأرض]

قال أبو جعفر: (ومَن استعار أرضاً مدةً معلومة: فللمعير أَخْذها منه في المدة، ونقض العارية فيها).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «والمنحة مردودة، والعارية مؤداة»[1].

وقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ ترد»[2]: اقتضىٰ ذلك ردها متىٰ طولب بها.

وأيضاً: فإن المنافع التي لم يستوفها بعدُ في مستقبل المدة بمنزلة الصدقة والهبة التي لم تُقْبَض، فله الرجوع فيها.

مسألة: [استعارة الأرض بشرط البناء فيها بغير مدة]

قال: (ولو استعارها منه علىٰ أن يبنيَ فيها ما شاء، أو يغرس بغير

---

(١) سنن أبي داود ٨٢٥/٣، سنن الترمذي ٥٦٥/٣، وقال: حديث حسن غريب، وقد روي من غير هذا الوجه، موارد الظمآن ص٢٨٥، شرح السنة للبغوي ٢٢٥/٨ وقال: حديث حسن.

(٢) تقدم.

مدة: فللمعير الرجوع بعد البناء والغرس).

لما ذكرنا من عموم قوله صلىٰ الله عليه وسلم، والنظر[١].

* (ويأخذُ المستعيرَ بهَدْم بنائه، وقَلْع شجره، وإن شاء أعطاه قيمة البناء والغرس).

وذلك لأنه لمَّا صح له الرجوع فيها لِمَا بيَّنَّاه، خرجت مِن أن تكون عارية، فكان بمنزلة مَن وَضَع شيئاً في أرض غيره، فيُؤمر برَفْعه؛ لأنه ليس له الانتفاع بها إلا بإذن مالكها.

وللمعير أن يعطيَه قيمة ذلك، لِمَا في قَلْعه من تخريب أرضه.

مسألة: [استعارة الأرض بشرط البناء إلىٰ مدة معلومة]

قال أبو جعفر: (ولو كانت العارية إلىٰ وقتٍ بعينه: لم يُنقَض[٢]، والمسألة بحالها، وكان علىٰ المعير قيمة البناء والغرس قائمين في الأرض).

قال أحمد: وله الرجوع في الأرض لما بيَّنَّا، ويَغرم قيمةَ البناء والغرس؛ لأنه قد غرَّه في الغرس والبناء، وتبقيته فيه إلىٰ انقضاء المدة، فضمنها إذْ أخرجه منها قبل الوقت، كما يضمن البيِّع عند الاستحقاق بالغرور.

ويضمن قيمته قائماً في الأرض لأجل الغرور، كما يضمنه البيِّع عند الاستحقاق.

* * * * *

(١) المتقدمين في المسألة السابقة.

(٢) أي البناء.

كتاب الغَصْب

مسألة : [ضمان المغصوب]

قال أبو جعفر : (وكُلُّ ما غَصَبَه رجلٌ مما يُنقَل ويُحوَّل، فتَلِفَ في يده بغير فِعله: فعليه قيمته يوم غَصَبَه، إلا أن يكون مما له مِثل، فيكون عليه مِثله).

قال أحمد : الأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾[1].

وقال الله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[2].

وقال: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾[3].

والمِثْلُ تارةً يكون مِثلُه في مقداره من جنسه، وذلك في المكيل، والموزون، والمعدود، وتارةً يكون القيمةَ، وهو فيما عدا ما ذكرنا.

والأصل في ضمان قيمة ما استُهْلِكَ مما وصفنا: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم «في عبدٍ بين رجلين أعتَقَه أحدُهما، وهو موسر: أنه يضمن

---

(١) النساء: ٢٩.

(٢) البقرة: ١٩٤.

(٣) النحل: ١٢٦.

نصفَ قيمته»[١].

فلم يوجب عليه نصف عبدٍ مثله، فصار ذلك أصلاً فيما وصفنا.

ولأن القيمة في نظائر ذلك أعدل من مثله من جنسه، لتفاوت ما بين الشخصين.

فإن قيل: روىٰ أنسٌ أن بعض أزواج النبي صلىٰ الله عليه وسلم كَسَرَتْ قصعةً، فأعطىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بَدَلَها قصعة[٢].

وحدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا يحيىٰ عن سفيان قال: حدثني فُلَيْت العامري عن جَسْرة بنت دَجَاجة قالت: قالت عائشة: «ما رأيت صانعاً طعاماً مثل صفية، صنعت لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم طعاماً، فبَعَثَتْ به، فأَخَذَني أَفْكَلٌ[٣]، فكسرتُ الإناء، فقلتُ: يا رسول الله! إما كفارةُ ما صنعتُ؟ فقال: إناء مثل إناء، وطعام مثل طعام»[٤].

قيل له: أما الحديث الأول، فلا دلالة فيه علىٰ وجوب قصعةٍ بَدَلَها؛ لأنه أعطاها قصعة، فرضيت.

---

(١) بهذا المعنىٰ ولفظ قريب في صحيح البخاري ٥/١٥٠، صحيح مسلم ٢/١١٣٩.

(٢) صحيح البخاري ٥/١٢٤.

(٣) الأَفْكَل، كأحمد، الرِّعدة من بَرْد أو خوف، القاموس المحيط (فكل)، النهاية ١/٥٦، أي فأخذتها رعدة من الغيرة.

(٤) سنن أبي داود ٣/٨٢٧، سنن النسائي ٧/٧١، وقد حسن إسناده الحافظ ابن حجر في الفتح ٥/١٢٥.

وكذلك حديث عائشة، لأنه يحتمل أن يكون برضا صاحب القصعة، ونحن نجيز ذلك بتراضهما.

وكذلك ما روي عن عبد الله بن مسعود حين أشار علىٰ عثمان بأن يَضْمَنَ للأعرابيِّ الذي قال له: إن بني عمِّك عَدَوْا علىٰ إبلي، فَحَمَلُوا ألبانها، وأَكَلُوا فُصْلاَنها[1]، فقال: إذاً نعطيك إبلاً مثل إبلك، وفُصْلاَناً مثل فُصلانك.

فأشار عبدُ الله عليه بأن يعطيَه ذلك في الوادي الذي ينزله الأعرابي»[2].

إنما كان علىٰ وجه التراضي بها، يدل عليه: أن عثمان لم يكن عليه ضمان ما استهلكه بنو عمه.

مسألة: [ضمان نقصان المغصوب في يد الغاصب]

قال أبو جعفر: (وإذا نَقَصَ المغصوب في يد الغاصب، ضَمِنَ النقصان، ويردّ الأصل).

وذلك لأن ضمانه تعلَّق بالقبض، والأَتْبَاع تُضْمَن بالقبوض؛ لأنه لا يصح إفرادها بالقبض، وكذلك المقبوض علىٰ بيعٍ فاسد، والرهن، والمقبوض علىٰ وجه السَّوْم، كل ذلك يضمن أتباعه من حيث تعلق ضمانه بالقبض.

وليس كالمبيع في يد البيِّع، وكون المهر في يد الزوج، وسائر

(١) بضم الفاء وكسرها: جمع فصيل، وهو ولد الناقة، كما في المصباح المنير (فصل).

(٢) المحلىٰ ٨/١٤١.

المضمونات في يد العاقد بالعقد، فلا يضمن أتباعه، وذلك لأن الأتباع لا تضمن بالعقد، لأنه لا يصح إفرادها بالعقد.

مسألة : [ضمان زيادة المغصوب في يد الغاصب]

قال أبو جعفر : (وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب في بدنه، ثم هلك: لم يضمن الزيادة، وضمن قيمة الأصل يوم الغصب، فإن استهلكها الغاصب ضمنها زائدة.

قال أبو جعفر : هكذا روىٰ محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وروىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يجب علىٰ الغاصب ضمان الزيادة إلا أن يكون المغصوب عبداً، أو جارية، فيقتله بعد الزيادة خطأً، فتَضمنُ العاقلةُ قيمتَه زائدة.

وأما أبو يوسف ومحمد فيضمِّنَانه الزيادة أيضاً، لا اختلاف عنهما في ذلك).

قال أحمد : الصحيح من قول أبي حنيفة أنه لا يضمن الزيادة باستهلاك الأصل إلا في القتل خاصة.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لا يخلو من أن يضمن الزيادة دون الأصل، أو مع الأصل، ولا يجوز أن يضمنها بالاستهلاك مع الأصل؛ لأن الأصل قد ضمنه بالغصب، فلا يجوز أن يتجدد عليه ضمانه بالاستهلاك، لأنه يستحيل أن يتجدد عليه ضمان ما قد ضمنه، فقد بطل هذا الوجه.

أو: أن يضمن الزيادة دون الأصل، ولا يصح إفراد الزيادة بالضمان دون الأصل، لاستحالة ذلك.

ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن تكون الزيادة مضمونة، والأصل غير مضمون، هذا معدوم في الأصول، فبطل.

وأما إذا قَتَلها خطأً، فقد تجدد هاهنا ضمانٌ في الأصل علىٰ العاقلة، لم يكن موجوداً قبل القبض، فضمن الزيادة معه.

مسألة : [ضمان ولادة المغصوبة إذا مات ولدها]

قال أبو جعفر : (وإذا ولدت المغصوبة، ثم مات ولدُها من غير فِعل الغاصب: فلا ضمان عليه فيه، وعليه نقصان ولادة الجارية).

وإنما لم يضمن الولد، مِن قِبَل أنه حصل في يده بغير فِعله، فكان بمنزلة ثوب أَلْقَتْه الريحُ في دار رجل، فلا يصير مضموناً عليه بوقوعه في داره، وكما أن طائرَ الرجل لو وَقَعَ علىٰ رجلٍ، أو في داره، لم يصر مضموناً عليه؛ لأنه صار في يده بغير فِعله.

ولا يشبه هذا ولد الظَّبْيَة إذا صادَها المُحْرِم، أو أخرجها من الحَرَم، ثم ولدت، فيضمنها وأولادَها إذا هلكن، من قِبَل أن الله تعالىٰ مطالِب له بإرسالها، وإرسالِ ولدها، أو ردِّها إلىٰ الحرم، فلما امتنع من ذلك مع صحة لزوم المطالبَة له به: ضَمِنَه.

ونظير هذا أن يطالبه المغصوب بردِّ الولد، فيمتنع من ردِّه: فيضمنه.

فإن قيل: فهلاَّ كان سبب غصبه للأم، سبباً لغصب الولد وحدوثه في يده، كما جعلتَ حَفْر البئر سبباً للجناية.

قيل له: لأن حَفْرَه البئرَ يوجب الوقوع في البئر لمن مرَّ بها، وغصبَه الأمَّ لا يوجب حدوث الولد.

فإن قيل: لمَّا كان الأصل مضموناً، سَرَىٰ ضمانه في الولد، كالكتابة، والرهن، والبيع، وسائر الحقوق الثابتة في الأمهات، فتسري في الأولاد.

قيل له: إنما يدخل الولد في ضمان الأم في هذه العقود من غير أن

ينفرد بضمانٍ دون الأصل، ومَن أوجب ضمان الولد في الغصب فإنما يُفرده بضمانٍ دون ضمان قيمة الأم، وهذا خلاف ما يتعلق من حكم الضمان بالسراية، ألا ترىٰ أن ولد المكاتَبة حين دخل في كتابتها لم ينفرد بضمانٍ دون ضمانها، وكذلك ولد الرهن، وولد المبيعة.

وإن جعلنا هذا المعنىٰ دليلاً للمسألة: لم يمتنع؛ لأنه لما لم يكن منه فِعل في الولد، وَجَبَ أن يدخل في حكم الأم علىٰ وجه البيع، فلا ينفرد بضمانٍ دونها، أو يحدث فيه من البيع بعد المطالبة ما يفرده بضمان نفسه.

فصل:

فإذا مات الولد، وردَّ الأم: ضمن نقصان الولادة؛ لأنه جزء ثابت من الأصل.

مسألة: [ضمان ولادة المغصوبة إن لم يمت الولد]

قال أبو جعفر: (وإن لم يمت الولد، وردَّه مع الأم: جَبَر بالولد نقصان الولادة).

وذلك لأن نقصان الولادة حادِث من الولد، لأن الأجزاء الفائتة منها استحالت ولداً، فوجب أن يَقُوم الولد مقامها، كما لو قُطِعت يدُها، وأَخَذَ الغاصبُ أرشها، وردَّها مع الأصل إلىٰ المغصوب، قام الأرش مقام اليد.

مسألة: [ضمان غصب الدور]

قال أبو جعفر: (ومن حَالَ بين رجل وبين دار، فحَدَثَ في تلك الحال هَدْمٌ من غير فِعله: لم يضمنه.

قال : ومذهبه[1]: أن الدور لا تُغصب، وتُضمن في قول أبي يوسف ومحمد).

قال أحمد : الدور تُغصب في قول أبي حنيفة، إلا أنها لا تُضمن بالغصب، وأبو يوسف مع أبي حنيفة، وذَكَرَه أبو جعفر مع محمد، والذي ذَكَرَه هو قوله الأول[2].

قال أحمد : الأصل في ذلك أن الضمان علىٰ وجهين:

أحدهما: ضمان الغصب وما في معناه، فهو يتعلق بالنقل والتحويل، لا بالتخلية.

والآخر: ضمان العقود، وهو يتعلق بالتخلية والتسليم وإن لم يكن معه نَقْل ولا تحويل.

والدليل علىٰ أن ضمان الغصب متعلق بالتحويل: أن رجلاً لو خلىٰ بين نفسه وبين متاعٍ لرجل: لم يصر المتاع بذلك في ضمانه.

ويدل علىٰ ذلك: أن مَن دخل دارَ إنسان وهو ساكن فيها، لم تصر الدار مضمونة عليه بدخوله إليها بغير إذن مالكها، إذ لم يكن منه نَقْل ولا تحويل.

ولو ارتدف خلفَ راكبٍ بغير إذنه، فعَطِبَت الدابة: ضَمِنَ نصفَها، فدلَّ أن ضمان الغصب إنما يتعلق بالنقل دون التخلية.

وأما ضمان العقد فيتعلق بالتخلية، ألا ترىٰ أنه لو خلَّىٰ بينه وبين العبد

---

(١) أي مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) ومثله في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة/ ١٨.

في البيع: صار في ضمانه، وبمثله لا يُضمن الغصب.

فإن قيل: قد تُضْمَن عندكم الوديعة بالجحود، مع عدم النقل فيها.

قيل له: قد كان تقدَّمَه نَقْل وتحويل، فيضمن عند الجحود بما تقدم من النقل.

وأيضاً: فإنه لمَّا جَحَدَها، حكَمْنا بها في الظاهر ملكاً له؛ لأن كلَّ مَن في يده شيء، فالقول قوله أنه في ملكه، وفي إقراره، أنَّا متىٰ حكمنا له بملك شيء، كان لغيره أنه لا يملكه إلا ببدل، فجعل عليه ضمان البدل مِن هذا الوجه، فلا يسقط بعد ذلك رجوعه عن الجحود إلىٰ الإقرار.

فإن قيل: فلو شهد شاهِدَانِ علىٰ رجلٍ بدار في يديه لآخر، ثم رَجَعَا عن شهادتهما: ضمناها من غير نَقْل لها.

قيل له: لأن شهادتهما أوجبت نقل الملك في الظاهر، فصارت بمنزلة العقد، وقد قلنا إن ضمان العقد قد يصح من وجه لا يصح به ضمان الغصب.

فإن قيل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن غَصَبَ شِبراً من الأرض طُوِّقَه يوم القيامة مِن سبع أرضين»[1].

قيل له: أكثر الأخبار: «مَن أَخَذَ شبراً من الأرض»، و: «مَن ظَلَمَ شبراً من الأرض»[2]، ويُشبه أن يكون مَن ذكر الغصب عبَّر عن المعنىٰ عنده،

---

(١) صحيح البخاري ١٠٣/٥، صحيح مسلم ١٢٣٠/٣ كلاهما بلفظ: «من أخذ»، وفي رواية أخرىٰ عند مسلم ١٢٣١/١: «من ظلم».

(٢) صحيح البخاري ١٠٣/٥، صحيح مسلم ١٢٣٠/٣ كلاهما بلفظ: «من أخذ»، وفي رواية أخرىٰ عند مسلم ١٢٣١/١: «من ظلم».

ولم ينقل اللفظ نفسه[١].

وأيضاً: فإنا نقول: إنها تُغصب، إلا أنها لا تضمن بالغصب.

مسألة : [ضمان استخدام العبد المغصوب ونحوه]

قال أبو جعفر : (ولا أجرة في استخدامه عبداً غَصَبَه، ولا في سكنىٰ دار الغصب).

وذلك لأن المنافع لا قيمة لها، إلا من جهة العقد.

والدليل عليه: أنه لو وطىء أمةَ رجلٍ مطاوعةً له: لم يكن عليه مهر، قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَهْر البَغِيِّ حَرَام»[٢].

والبَغِيُّ هي الزانية، فصار ذلك أصلاً في سائر منافعها، أنها لا تُضمن إلا بعقدٍ، أو شُبهةِ عقد.

وأيضاً: لا خلاف[٣] أن المغرور[٤] لا يضمن للمستَحِق منافع الأولاد، ولو كان للمنافع قيمة من غير جهة العقد، لضمنها المغرور للمستحق،

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٥٤/٣: «تنبيه: لم يروه أحد منهم بلفظ: «مَن غصب»، نعم في الطبراني من حديث وائل بن حُجر: «مَن غصب رجلاً أرضاً لقي الله وهو عليه غضبان».اهـ

(٢) صحيح البخاري ٤٢٦/٤، صحيح مسلم ١١٩٨/٣ كلاهما بلفظ: «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغي»، وفي لفظ مسلم ١١٩٩/٣: «مهر البغي خبيث».

(٣) لم أهتد إلىٰ عزوه.

(٤) «المغرور: «من يطأ امرأةً معتمداً علىٰ مِلك يمين أو نكاح، فتلد منه، ثم تُسْتَحق»، كما في الهداية ١٧٩/٣.

كما ضَمِنَ قيمة الولد.

فإن قيل: لأن الولد حرٌّ، فلا تُضْمَن منافعه للمستحق.

قيل له: كونه حراً لم يمنع قيمة نفسه، إذ كانت مما له قيمة لولا الغرور، فلو كان للمنافع قيمة في نفسها من غير وجه العقد، لضمنها له.

فإن تجاسَرَ بعضُ المخالفين علىٰ مخالفة الإجماع في الفصل الأول[1]، فقال يضمن مهر الأمة وإن طاوَعَتْه؛ لأن المنافع للمولىٰ، ولا تَمْلِك هي إتلافها، وإنما نقول: إن الحرة إذا طاوَعَتْه لا يجب لها مهر؛ لأنها رضيت بإتلاف منافعها بغير بدل.

قيل له: هذا قولٌ مخالف للسنة والإجماع معاً، علىٰ أن دلالتنا علىٰ صحة المسألة قائمة فيما أقررتَ به من سقوط مهر الحرة الزانية، وذلك أنا نقول: لو كان لمنافعها قيمة في هذه الحال لمَا أسقطها رضاها بإباحتها بغير بدل؛ لأن بدل البُضْع لا يسقطه الرضا بإسقاطه في الموضع الذي له قيمة.

ألا ترىٰ أن مَن تزوج امرأةً نكاحاً فاسداً أو جائزاً علىٰ أن لا مهر لها، ثم وطئها: استَحَقَّت المهرَ، ولم يكن لرضاها تأثير في إسقاطه.

فإن قيل: لو نقض حائطاً أو باباً منحوتاً، يضمن ما أتلفه من المنافع، فدل أن لها قيمة من غير وجه العقد.

قيل له: لأنها إذا حصلت في العين، صارت من صفاته، ومالاً قائماً،

---

(١) أي مسألة: لو وطىء أمة رجل مطاوِعةً له، التي ذكرها في أول هذه المسألة، وأنه لا مهر لها، وقد ذكر هذه المسألة ابن قدامة في المغني ٨/١٠٠، وأنه لا مهر لها، ولم يحك فيها خلافاً.

فيضمنها، وقَبْل أن تحصل مِن صفات العين، فليست بمالٍ لما قدَّمنا، فلا يضمنها.

ألا ترىٰ أن رجلاً لو حلق شعر رأس جارية رجل: ضمن النقصان الحادث بزواله، من حيث كان مِن صفاتها حين كان متصلاً بها، ولو أتلفه متلِف بعد زواله عن رأسها: لم يكن له قيمة، إذ لم يكن صفة في مال، كذلك المنافع.

فإن قيل: لو لم تكن المنافع مالاً، لما جاز أن يؤخذ عنها عوض مالٍ بعقد الإجارة.

قيل له: الطلاق ليس بملك، ويجوز أَخْذ العوض عنه بالخلع، ودم العمد والقصاص فيما دون النفس ليسا بمال، ويجوز أَخْذ البدل عنهما.

مسألة: [لو أخذ المالك قيمة العبد المغصوب الآبق قبل ظهوره]

قال: (وإذا أَبَقَ العبدُ المغصوب في يد الغاصب، فجاء المولىٰ وأَخَذَ القيمة بقوله، أو قامت له بينة، ثم ظهر العبد: فهو للغاصب، ولا سبيل للمغصوب عليه).

وذلك لأنه قد رضي بأَخْذ البدل الذي ادَّعاه ومَلَكَه، فلا يجوز أن يبقىٰ العبد في ملكه، مع ملكه للبدل؛ لأنه لا يجوز اجتماع الشيء وبدله في ملكٍ واحد فيما يصح تمليكه، لعدم نظيره في الأصول.

* **قال**: (وإن ضَمَّنَه القاضي القيمةَ بقول الغاصب، وادَّعىٰ المغصوبُ أكثرَ منها، ثم ظهر العبد: كان المغصوب منه بالخيار، إن شاء رد القيمة علىٰ الغاصب، وأَخَذَ العبدَ، وإن شاء احتبس القيمة، وسلَّم له العبد المغصوب).

قال أحمد: هذا إذا ظَهَرَ وقيمتُه أكثرُ مما حلف عليه الغاصب، وذلك

لأن المغصوب لم يرض بهذه القيمة بدلاً عن العقد؛ لأنه ادعىٰ أكثرَ منها، فصار كأنه مَلَكَه علىٰ شرط الخيار إن كانت القيمة علىٰ ما ادعىٰ، فإذا كانت القيمة علىٰ أكثر مما أَخَذَ: فله الخيار في فسخ الملك.

ويدل علىٰ أنه إذا ملك البدل ملك عليه العبد: أن مَن أعتق عبداً بينه وبين آخر، وهو موسر فضمن القيمة، أن نصيب الشريك ينتقل إليه لأجل ما حصل عليه من ضمان القيمة، وأن العبد كان في حال العتق ممن يصح تمليكه، ألا ترىٰ أن الولاء كله للمعتِق.

مسألة: [ضمان إتلاف خَمْر الذمي]

قال أبو جعفر: (ومَن أتلف لذمي خَمراً، أو خِنزيراً: فعليه ضمانه، فإن كان المتلِف مسلماً: فعليه القيمة، وإن كان ذمياً: ففي الخمر مِثْلُها، وفي الخنزير القيمة).

وذلك لأنا أعطيناهم العهدَ علىٰ أن نتركهما مالاً لهم، فلو لم يضمن مستهلِكُهما، لصارا لا قيمة لهما، وفي ذلك إخراجٌ لهما مِن أن يكونا مالاً، وفي ذلك نَقْض العهد، فلا يجوز.

وأيضاً: روي «أن عمر بلغه أنهم يأخذون الخمر من أهل الذمة في العُشور، فكتب إلىٰ عمَّاله: أن ولُّوهم بَيْعَها، وخُذُوا العُشْر من أثمانها»[1]، وذلك بمَحضر الصحابة، من غير نكيرٍ مِن أحدٍ منهم عليه.

وليس ذلك كمَنْعِنَا إياهم من الرِّبا؛ لأنه ليس في مَنْعنا إياهم من الربا في أموالهم إخراجٌ لها مِن أن تكون مالاً لهم، لأنهم يتصرَّفون فيها بسائر

(١) مصنف عبد الرزاق ٦/٢٣، سنن البيهقي ٩/٢٠٦، ونقل ابن قدامة في المغني ١٠/٦٠٠ عن الإمام أحمد أن إسناده جيد.

وجوه التصرف، كالمسلم.

وله أيضاً أصل في السنة: وهو «ما روي أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بَعَثَ إلىٰ نصارىٰ نجران: إما أن تَذَرُوا الربا، وإما أن تأذنوا بحربٍ من الله ورسوله»[1].

مسألة: [ضمان إتلاف المِثليات]

قال أبو جعفر: (ومَن أتلف شيئاً لرجل مما له مثل، ثم انقطع مثله، فلم يقدر عليه: فعليه ضمان قيمته يوم الخصومة.

وقال محمد: عليه ضمان قيمته آخرَ ما انقطع من أيدي الناس).

قال أحمد: وقال أبو يوسف: يضمن قيمتَه يوم الغصب.

وجه قول أبي حنيفة: أن انقطاعه من أيدي الناس لم يُسقط المثل الذي كان واجباً بالغصب عن ذمته.

والدليل علىٰ ذلك: أنه لو لم يطالبْه حتىٰ وَجَدَ مثله بعد انقطاعه، كان الواجب هو المثل دون القيمة بالاتفاق، ولو كان خاصمه فقضىٰ عليه بالقيمة، ثم وجد المثل: لم يجب المثل، وكان الواجب هو القيمة المقضيّ بها، فدل ذلك علىٰ أن المثل لم يسقط بانقطاعه من أيدي الناس، وإذا كان المثل هو الثابت في الذمة في حال الخصومة، واحتجنا في نَقْله إلىٰ القيمة، وَجَبَ اعتبار قيمته يوم يريد النقل.

---

(١) بلفظ قريب عند أبي داود في السنن ٤٢٩/٣، وسكت عنه، قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ٢٥١/٤: «في سماع السدي من عبد الله بن عباس نظر». اهـ، ورواه أبو عبيد في الأموال ص١٨٢ مرسلاً، وكذلك ابن زنجويه في الأموال ٤٤٩/٢.

وأيضاً: فإن الواجب في الابتداء إذا كان هو المثل، لم يملك القيمة عليه إلا بالتراضي، أو بقضاء القاضي؛ لأنهما أسباب التمليكات، وليس انقطاعه من أيدي الناس سبباً يوجب التمليك، فوجب أن يكون المثل في الذمة حتىٰ ينقله بالقضاء، أو يملِّكه إياه، فيعتبر حينئذ قيمته عند التمليك.

* وجعله محمد عند الانقطاع، بمنزلة ما لا مثل له، فاعتبر قيمته يومئذ.

وأما أبو يوسف فإنه عند الانقطاع اعتَبَرَ قيمتَه يوم الغصب؛ لأنه سبب الضمان دون الانقطاع، ودون الخصومة.

مسألة: [ضمان إتلاف المصوغات بالقيمة]

قال: (ومَن كَسَرَ قُلْبَ[1] فضة لرجل: فصاحبُه بالخيار، إن شاء أخذه مهشوماً لا شيء له غيره، وإن شاء ضمَّنه قيمتَه مصوغاً من الذهب[2]).

والأصل في ذلك: أن ما لا يجوز التفاضل فيه متىٰ أُحْدِثَ فيه نقص، لم يجز أن يسلَّم له الوزن، أو الكيل وزيادة، وذلك لأن ذلك النقصان لا قيمة له إذا لاقىٰ جنسه، وله قيمة إذا لاقىٰ غير جنسه، فلا يجوز للمالك

---

(١) القُلْب: بضم القاف: السِّوار، مشارق الأنوار ٢/ ١٨٤، وفي المغرب (قلب) ٢/ ١٩١: «قُلْب فضة: أي سِوار غير مَلْوي، مستعارٌ من: قُلب النخلة، وهو جُمَّارها، لما فيها من البياض، وقيل: علىٰ العكس».اهـ

(٢) وتمام نصِّ مختصر الطحاوي ص١١٩ كما يلي: «وإن كان ذهباً كان بالخيار: إن شاء أخذه مهشوماً لا شيء له غيره، وإن شاء ضمَّنه قيمته مصوغاً فضة».

أن يأخذ القُلْب والنقصان؛ لأنه يحصل له وزيادة.

ألا ترىٰ أنه لو أراد أن يغرِّم قيمتَه دراهم: لم يجز له أخذ قيمة النقصان، فيحصل له الوزن وزيادة.

ولا يجوز أن يغرِّمه مثل وزنه من جنسه، فتبطل عليه قيمة الصنعة، من قِبَل أن تلك الصنعة لها قيمة، ألا ترىٰ أن مَن استهلك لرجل ثوباً، أو باباً: ألزمناه ضمان قيمته منسوجاً، وقيمة الباب منحوتاً، فلما لم يمكنَّا أن نستوفيَ قيمة الصنعة إلا بتضمين قيمته من غير جنسه، وَجَبَ أن يُعدل عن الجنس إليه.

* **قال**: (فإن اختار تضمين قيمته مصوغاً: لم تضر مفارقته قبل قبضها).

وذلك لأن هذا ضمانٌ تعلق عليه بالاستهلاك والقبض، لا من جهة العقد، فلا معنىٰ لاعتبار المجلس.

ألا ترىٰ أنا لو أبطلناه لأجل الفرقة، كنا نحتاج إلىٰ إعادته في حال إبطاله، لقيام السبب الموجِب له، ولو جاز اعتبار المجلس فيه، لجاز مثله فيمَن استهلك لرجل دراهم أن يعتبر في صحة ضمان مثلها المجلس، لأنه يصير بمنزلة مَن باع دراهم بدراهم، فلما سقط ذلك في الدراهم المستهلكة، كذلك وجب مثله في القُلْب.

مسألة: [ضمان إتلاف الدينار]

(وكذلك مَن كَسَرَ لرجل ديناراً: فعليه مثله، وإن شاء أَخَذَه ولا شيء عليه).

علىٰ ما بيَّنَّا في القُلب، وقد تُمكننا الصنعة بإيجاب المِثل في الدينار، ولا يمكن في القُلب؛ لأنه لا مِثل له.

مسألة : [ضمان تقطيع الثوب المغصوب]

قال : (ومن غَصَبَ ثوباً، فقَطَعَه، فإن كان ذلك مما حُكمه حكم الاستهلاك له: فصاحبه بالخيار: إن شاء أخذه كذلك، وأخذ نقصانه من الغاصب، وإن شاء سلَّمه إلىٰ الغاصب، وضمَّنه نقصانه).

وذلك لأنه إذا زال عُظْم منافعه، فله أن يعدل عن أخذ العين إلىٰ القيمة، لأن المبتَغىٰ من العين هو المنافع.

والدليل علىٰ ذلك: أن مَن غصب عبداً، فمات في يده: ضمن قيمته وإن كانت العين قائمة، لزوال منافعه، فدل ذلك علىٰ أن معنىٰ الملك متعلق بالمنافع، والثوب فقد بقي بعضُ منافعه بالتخريق من غير زيادة حصلت فيه من جهة الغاصب، فكان له أَخْذ العين وتضمين النقصان.

وإن شاء ضمَّنَه القيمة، فتقوم مقام الثوب في استيفاء كمال منافعه، وذلك لأن في أَخْذ النقصان استيفاء بعض المنافع، إذ ليس يمكن الانتفاع بأرش النقصان مع الثوب المخرَّق علىٰ حسب الانتفاع بالثوب الكامل، فلذلك كان له العدول عن تضمين الأرش إلىٰ القيمة.

وتخريق الثوب يفارق موتَ العبد في يده، من جهة أنه لم تبق هناك منفعة في العبد بحالٍ بعد الموت، والثوب المخرَّق بعضُ منافعه باقٍ، وإنما تتفرق عليه المنافع بالتخريق، فلذلك كان الأمر فيه علىٰ ما وصفنا.

مسألة : [ضمان إتلاف الثوب بحيث لم تذهب كل منافعه]

قال : (وإن كان ما أحدثه فيه لا يستهلكه: أخذه منه، وأخذ مع ذلك نقصانه).

وذلك لأن عُظْم منافعه باق، فهو بمنزلة رجل شجَّه، فلا يكون للمولىٰ الخيار في أخذ جميع قيمته.

* ولو كان قَطَعَه قميصاً، وخاطه: لم يكن للمغصوب عليه سبيل، وذلك لزوال أكثر منافعه بالقَطع، وحدوث زيادة الخياطة فيه من جهته، فمَنَع ذلك من أَخْذه.

* وكذلك الحنطة إذا طَحَنَها، والدقيق إذا خَبَزَ منه خبزاً، واللحم إذا طَبَخَه أو شواه.

والأصل فيه: حديث عاصم بن كليب الجَرْمِي عن أبي بردة عن أبي موسىٰ الأشعري «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم زارَ قوماً من الأنصار في دارهم، فذبحوا له شاة، وصنعوا منها طعاماً، فأخذ من اللحم شيئاً ليأكله، فمضغه ساعةً لا يَسِيْغُه، فقال: ما شأن هذا اللحم؟

فقالوا: شاةٌ لفلان، حتىٰ نرضيَه من ثمنها، فقال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: أطعِمُوها الأُسَارىٰ»[1].

وقد روي هذا الحديث عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من أصحاب النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وقد يجوز أن يكون سَمِعَه من أبيه، ومن أبي بردة، فكان له عنده إسنادان.

فلما أَمَرَ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أن يُطْعَم الأُسارىٰ حين ذُبِحَتْ بغير أمر مالكها، دلَّ علىٰ أن حق المالك قد انقطع عنها حين شواها، لولا ذلك لأَمَرَ بردِّها إلىٰ المغصوب، أو أخبر بأن له الخيار في أَخْذها، وأَخْذ قيمتها، فصار ذلك أصلاً في نظائرها مما يُحدِثه الغاصب في الشيء

---

(١) سنن أبي داود ٣/٦٢٧ وسكت عنه، وكذلك المنذري في المختصر ٥/٨، مسند أحمد ٥/٢٩٣، سنن الدارقطني ٤/٢٨٥-٢٨٦، وصحح سنده الزيلعي في نصب الراية ٤/١٦٨.

المغصوب، فيزول به أكثر منافعه.

مسألة : [ضمان صَبْغ الثوب المغصوب]

قال أبو جعفر : (ولو غصبه ثوباً، فصبغه بعُصْفرٍ أو بزعفران: فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء أخذه كذلك، وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء سلَّمه إلىٰ الغاصب، وضمَّنه قيمتَه يوم الغصب).

وذلك لأن صَبغه بالعصفر لا يزيل عُظْم منافعه، وإنما تحصل فيه زيادة من مال الغاصب، لا يُمكِّن المغصوب منه أَخْذه إلا بضمان قيمة الزيادة؛ لأنه مالٌ قائم فيه، فإنما وجب له الخيار من أجل ذلك.

فإن قيل: فهلاَّ جعلتَ الخيار للغاصب؛ لأن ماله أيضاً قائم في الثوب، فلا يجوز للمغصوب منه أَخْذَه إلا برضاه.

قيل له: مِن جهة أن الصبغ تَبعٌ للثوب، وليس الثوب تَبَعاً للصبغ، ألا ترىٰ أن مَن باع ثوباً مصبوغاً تَبِعَه الصبغ الذي فيه، ولو باع الصبغ دون الثوب لم يصح، فصار الصبغ أحد صفات الثوب، بمنزلة عَيْن العبد ويده ورجله.

فلذلك كان المغصوب أَوْلىٰ بأخذ الثوب، إذ لم يكن الثوب مستهلَكاً به، وهو مستهلَك في الثوب.

[مسألة :]

قال : (وإن كان صَبَغَه سَواداً، فإن أبا حنيفة قال: إن شاء صاحبُه سلَّمه إلىٰ الغاصب كذلك، وضمَّنَه قيمتَه أبيضَ يوم غصبه، وإن شاء احتبسه، ولم يغرم للغاصب شيئاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: صاحب الثوب بالخيار: إن شاء سلَّمه إلىٰ

الغاصب، وضمَّنَه قيمتَه أبيضَ يوم غصبه، وإن شاء احتبسه وضمن للغاصب ما زاد البيع فيه).

قال أحمد: بنىٰ أبو حنيفة الأمرَ علىٰ ما كان عليه حال السواد في الوقت الذي أجاب فيه في المسألة، وذلك لأن السواد كان نقصاناً في أيام بني أمية؛ لأن الناس لم يكونوا يلبسونه إلا في الإحداد.

وأجابا هما علىٰ ما كان عليه في أيام بني العباس؛ لأنه صار زيادة، لأنهم لبِسُوه، وأَخَذُوا الناسَ بلُبْسه.

وأيضاً فإن السواد يخرِّق الثوب ويفسده، وليس كذلك الحمرة.

* * * * *

كتاب الشُّفْعَة

مسألة :

قال أبو جعفر : (ولا شفعة فيما سوىٰ الدور والأرضين).

وذلك لأنه لا خلاف بين الفقهاء[(١)] في انتفاء وجوبها في الثياب ونحوها من العروض، والمعنىٰ فيها: أن التأذي بالشركة فيها ليس علىٰ جهة الدوام والبقاء، فكذلك ما اختلفنا فيه من نحو الزورق، وما يوجب مخالفنا فيه الشفعة.

وقد روي في آثار: «لا شفعة إلا في أرض أو رَبْع»[(٢)].

ذكره محمد بن الحسن، ولم يعزه إلىٰ رجل بعينه.

وروىٰ جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الشفعة في كل شِرك في أرض، أو رَبْع، أو حائط»[(٣)].

---

(١) شرح النووي علىٰ صحيح مسلم ١١/٤٥.

(٢) رواه البزار مرفوعاً من حديث جابر بسندٍ جيد بلفظ: «لا شفعة إلا في رَبْع أو حائط»، كما في التلخيص الحبير ٣/٥٥، وعزاه للبزار مرفوعاً الزيلعي في نصب الراية ٤/١٧٨. والرَّبع: المنزل ودار الإقامة، والرِّباع: جمعه، والرَّبعة: أخص من الربع، كما في النهاية ٢/١٩٨، وقال النووي في شرح صحيح مسلم ١١/٤٥ وابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٥٦ «الربعة: تأنيث الربع».

(٣) صحيح مسلم ٣/١٢٢٩.

وهذا اللفظ ينفي وجوب الشفعة في غير العقار؛ لأن قوله: الشفعة: للجنس، لدخول الألف واللام عليه، واستغراقه لجميع ما تناوله، فلا تبقىٰ هناك شفعة في غير ما ذُكر من الأرض، والرَّبعة، والحائط.

فإن قيل: روىٰ أبو حمزة السُّكَّري عن عبد العزيز بن رُفَيْع عن ابن أبي مُلَيْكَة عن ابن عباس عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء»[1].

قيل له: أصله مرسل فيما يقال[2]، ولم يُسنده إلا أبو حمزة السكري.

وقد رواه شعبة، وحَرِيز، وأبو بكر بن عيَّاش وغيرهم، عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «الشفعة في العبد، وفي كل شيء»[3]. لفظ شعبة.

ولو ثبت وصح كان معنىٰ قوله: «في كل شيء: من العقار، أو الأرضين، علىٰ ما رُوي في الأخبار الأُخَر.

وأما قوله: «الشفعة في العبد»: فقد ذُكِرَ في هذا الحديث، وروي بإسناد آخر، وهو ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن علي الخَزَّار وعبد الله بن أحمد بن حنبل قالا: حدثنا عفان بن مَخْلَد البَلْخِي قال: حدثنا عمر بن هارون البَلْخي قال: حدثنا شعبة عن أبي بشر عن

---

(١) رواه إسحاق بن راهويه في مسنده، كما في نصب الراية ٤/١٧٧، وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٠٣: «رجال هذا الإسناد ثقات»، سنن البيهقي ٦/١٠٩.

(٢) وأيضاً فإن البيهقي في سننه ٦/١٠٩ صوَّب أنه مرسل، وكذلك البغوي في شرح السنة ٨/٢٤٥.

(٣) سنن البيهقي ٦/١١٠.

سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «في العبد شفعة، وفي كل شيء»(١).

ولو ثبت هذا اللفظ: احتمل أن يكون معنىٰ قوله: «في العبد شفعة»: فيما بِيْعَ من العقار بعبدٍ.

وفائدته أن كون العبد مما لا مِثل له، لا يَمنع وجوب الشفعة، وإن كان الشفيع إنما كان يأخذ بالبدل، فإذا لم يكن للعبد مثل، أَخَذَه بقيمته.

مسألة : [الشفعة للجار]

قال أبو جعفر : (والشفعة في ذلك: مقسوماً كان، أو مشاعاً).

قال أحمد : الدليل علىٰ وجوب الشفعة للجار الملاصق: حديث عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «الجار أحق بشفعة جاره، يُنْتَظَر بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقُهما واحداً»(٢).

---

(١) سنن البيهقي ٦/١١٠ وقال: تفرد به عمر بن هارون البلخي عن شعبة، وهو ضعيف لا يحتج به.اهـ

وفي تقريب التهذيب ص/٤١٧ (٤٩٧٩) قال عنه: «متروك وكان حافظاً».

(٢) سنن الترمذي ٣/٦٥١، سنن أبي داود ٣/٧٨٨، سنن ابن ماجه ٢/٨٣٣.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/١٧٣ تصحيحَ الحديث عن صاحب التنقيح – ابن عبد الهادي – وناقش كلام مَن تكلم في الحديث، وقال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام مع سبل السلام ٣/٧٥: «رجاله ثقات»، وقد شفىٰ الكلام عن عبد الملك وعن الحديث ابن التركماني في الجوهر النقي ٦/١٠٦.

رواه عن عبد الملك جماعة، منهم أبو يوسف، وشعبة، وهُشَيْم، وغيرهم.

وقد حُدِّثْنا عن الثوري أنه قال: الحُفَّاظُ أربعة: أحدهم عبد الملك بن أبي سليمان[١]، وهذا الحديث وإن كان عبد الملك قد تفرَّد به، فإن تفرُّده به لا يوجب ردَّه؛ لأن أخبار الآحاد مقبولة عندنا في مثل ذلك، وليس أحد من الرواة إلا وقد تفرَّد بأشياء فيما رواه، لم يوافِقْه عليها غيرُه، ولم يوجِب ذلك ردُّ روايته.

فنصَّ في الخبر علىٰ وجوب الشفعة في الدار التي لا شِرْك فيها، لأجل الشركة في الطريق.

ورویٰ حسين المعلِّم عن عَمْرو بن شُعَيْب عن عَمْرو بن الشَّرِيد عن أبيه قال: قلت: يا رسول الله! أرضٌ ليس لأحدٍ فيها شِرك ولا قَسْم، إلا الجوار؟ قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «الجار أحق بصَقَبِه[٢] ما كان»[٣].

وهذا أيضاً دليل واضح في إيجاب الشفعة بالجوار دون الشركة؛ لأنه أجابه عن الجوار الذي ليس مه شركة، فأوجبها فيه.

---

(١) ذكر هذا عن سفيان ابنُ حجر في التهذيب ٦/٣٩٧.

(٢) السقب بالسين المهملة، وبالصاد أيضاً: «القرب والملاصقة»، كما في فتح الباري ٤/٤٣٨.

(٣) سنن النسائي ٧/٣٢٠، سنن ابن ماجه ٢/٨٣٤، ونقل الترمذي في سننه ٣/٦٥١ تصحيحه عن الإمام البخاري رحمه الله. وبلفظ: «الجار أحق بصقبه» في صحيح البخاري كما سيأتي.

وهذا يُبْطِل تأويلَ من تأوَّل الجارَ علىٰ الشريك.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا يعقوب بن إسحاق بن أبي إسرائيل قال: حدثنا محمد بن جابر عن إبراهيم بن مهاجر عن رجل عن أبي رافع قال: قال سعد بن أبي وقاص: لولا أني سمعتُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول: «الشريك أحق بالشفعة، والجار أحق ممن وراءه، ما اشتريتُه»(١).

فانتظم هذا الخبر وجوبَ الشفعة للشريك دون الجار، ثم للجار دون مَن وراءَه.

وروىٰ قتادة عن الحسن عن سَمُرَة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «جارُ الدار أحق بشفعة الدار والأرض»(٢).

وهذا اللفظ أيضاً ينفي احتمالَ الشريك؛ لأنه أوجبها لجار الدار والأرض، وجَعَلَه أحق بالدار، والشريك ليس هو جار الدار، ولا يأخذ الدار، وإنما يأخذ بالشفعة بعضَ الدار والأرض، ولا يأخذُ الدارَ والأرضَ بالشفعة إلا الجارُ.

---

(١) لم أهتد إليه بهذا اللفظ من قصة سعد رضي الله عنه، وسيأتي حديث سعد في الصفحة التالية، وأنه في صحيح البخاري ولكن بغير هذا اللفظ، وما ذُكر هنا فقد ورد بمعناه عند الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٢٥، وينظر نصب الراية ٤/١٧٦ فقد قواه.

(٢) سنن الترمذي ٣/٦٥٠ بلفظ: «جار الدار أحق بالدار» وقال: حديث حسن صحيح، ونقل عن البخاري أن الحديث صحيح، سنن أبي داود ٣/٧٨٧، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٢٣ بلفظ: «جار الدار أحق بشفعة الدار»، وينظر نصب الراية ٤/١٧٢.

وقد روىٰ قتادة عن أنس عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «جار الدار أحق بالدار»[١].

وهو مثل حديث سمرة في دلالته علىٰ ما دل عليه.

ويدل علىٰ صحة قولنا: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن يونس بن موسىٰ قال: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري قال: حدثنا ابن جُرَيْج قال: حدثنا أبو الزُّبَيْر عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم:

«الشفعة في كل شِرك وحائط، لا يصلح لشريك أن يبيع حتىٰ يُؤذِنَ شريكَه، فإن أبىٰ، فشريكه أحق به حتىٰ يُؤذِنه»[٢].

اقتضىٰ ظاهره وجوب الشفعة للشريك في الطريق، وفي البئر والحائط، وإذا وجبت للشريك في الطريق، وجبت للجار بعده.

ويدل عليه حديث أبي رافع حين عَرَض بيتاً له علىٰ سعدٍ بأربع مائة دينار، وقال: لولا أني سمعت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول: «الجار أحق بصَقَبه ما بعتُه، إنه أُعطيتُ به خمس مائة دينار»[٣].

رواه إبراهيم بن مَيْسَرة عن عَمْرو بن الشريد عن أبي رافع، وهو حديث مشهور.

وكان ذلك بيتاً مقسوماً؛ لأنه كان فيه شركة، كان بعض بيت.

---

(١) ينظر الحاشية السابقة.

(٢) صحيح مسلم ١٢٢٩/٣.

(٣) صحيح البخاري ٤٣٧/٤.

وقد عُقِلَ من لفظ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الجار أحق بصَقَبِه»: وجوب الشفعة فيه.

وهذه الألفاظ التي ذكرناها كلها تنفي تأويلَ من تأوَّل الجارَ علىٰ الشريك، مع تعسُّفه في معنىٰ اللفظ، لأن الشريك لا يسمىٰ جاراً.

* واستدل مَن تأوَّله علىٰ الشريك بقول الأعشىٰ[(١)]:

يا جارتي بِيْنِي فإنك طَالِقَة: فسمَّىٰ المرأةَ جارة.

وقال: حَمَل بن مالك للنبي صلىٰ الله عليه وسلم: «كنتُ بين جارتين لي، يعني امرأتين، فضَرَبَتْ إحداهُما الأخرىٰ بعمود فُسْطاط»[(٢)].

قال: فلما سُمِّيَت المرأةُ جارةً، لأجل الشركة بينها وبين الزوج، كذلك الشريك في الدار.

وهذا تعسُّفٌ شديدٌ في التأويل؛ لأن المرأة لا شركة بينها وبين الزوج، وإنما لها قُرْب من غير شركة، فسمِّيَت جارة، لقربها منه ببدنها، لا لشركةٍ بينهما.

فإن احتجوا بما روىٰ الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن

---

(١) الأعشىٰ هو عبد الرحمن بن عبد الله الهمداني شاعر مفوه شهير، كان متعبداً فاضلاً، ثم عبث بالشعر، خرج مع ابن الأشعث ضد الحجاج، ثم قتله الحجاج سنة نيف وثمانين، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٤/ ١٨٥.

وما ذكره عنه هو صدر بيت في ديوان الأعشىٰ ص٢٦٣، أما عجزه فهو: «كذلك أمور الناس غاد وطارقة».

(٢) صحيح البخاري ١٢/ ٢٤٦، صحيح مسلم ٣/ ١٣٠٩، وقد أخرجاه بألفاظ عدة، لكن بلفظ: «جارتين»: جاء عند البيهقي في السنن ٨/ ١١٤.

أبي هريرة: «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ بالشفعة فيما لم يُقْسَم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[١]، رواه أبو عاصم النبيل عن مالك عن الزهري.

وبما روىٰ ابن جريج عن الزهري عن أبي سلمة أو سعيد بن المسيب أو عنهما عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم:

«إذا قُسِمَت الأرض، وحُدَّت، فلا شفعة فيها»[٢].

وبحديث مَعْمَر عن الزهري عن أبي سَلَمَة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله قال: «قضىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يُقْسَم، فإذا وقعت الحدود، وصُرِّفَت الطرق، فلا شفعة»[٣].

وفي بعض الألفاظ: «إنما جَعَلَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم الشفعةَ فيما لم يُقْسَم»[٤].

قيل له: ليس في شيء من هذه الأخبار ما ينفي وجوب الشفعة للجار عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، أكثر ما فيه إيجاب الشفعة للشريك.

وقوله: «فإذا وَقَعت الحدود، فلا شفعة»: مِن كلام الراوي، ليس عن النبي عليه الصلاة والسلام، هذا في الأخبار التي قَدَّم فيها ذِكر إيجاب الشفعة للشريك.

---

(١) صحيح البخاري ٤/٤٣٦، ٤/٤٠٧، صحيح مسلم ٣/١٢٢٩.

(٢) هذا لفظ أبي داود في السنن ٣/٧٨٥، وبألفاظٍ قريبة عند البخاري، كما تقدم.

(٣) صحيح البخاري ٤/٤٣٦، ٤/٤٠٧، صحيح مسلم ٣/١٢٢٩.

(٤) ينظر الحاشية السابقة.

وذلك لأن الراوي كثيراً ما يروي الحديثَ عن النبي عليه الصلاة والسلام، ويعطِف عليه قولَ نفسه، فيُدْرِجه فيه، فيظن السامعُ أن الجميعَ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وأقل أحوال ما كان هذا سبيلَه، أن لا نُثْبِتَه عن النبي عليه الصلاة والسلام؛ لأنه غير جائز إثبات الرواية عنه بالاحتمال.

وأما حديث أبي هريرة من طريق ابن جريج وروايته عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إذا قُسِمَت الأرض وحُدَّت، فلا شفعة فيها».

فإنما فيه نفي الشفعة بالقسمة.

وكذلك نقول: إن القوم إذا قَسَمُوا أرضاً، أو داراً بينهم: لم تجب بالقسمة الشفعة بهذا الخبر.

ولا دلالة له علىٰ نفي وجوب الشفعة بالبيع.

وكذلك سائر الألفاظ التي ذُكرت في نحو ذلك، بعد ذكر الشفعة للشريك، لو صحت: كان معناها معنىٰ إيجاب الشفعة بالقسمة.

وفي حديث جابرٍ تأويلٌ آخر، وهو أنه ذَكَرَ فيه: «فإذا وقعت الحدود، وصُرِّفت الطرق، فلا شفعة».

ومعناه: إذا كان بين الدارين طريق نافذة فلا شفعة، وكذلك نقول: إن الجار غير الملاصق لا شفعة له وإن تناوله اسم الجار.

* ووجه آخر: وهو أنه يحتمل أن يكون رجلان اختصما إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، أحدُهما جار، والآخر شريك، فنفىٰ شفعة الجار مع الشريك، فقال: فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة للجار مع الشريك في الطريق، أو في نفس المبيع.

وكذلك ما روىٰ صالحُ بن أبي الأخضر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «الشفعة فيما لم يُقْسَم، وتُعْرَف حدوده»[1].

معناه: أن هذه الشفعة التي تجب بالشركة، لا تجب بغيرها من الجوار ونحوه.

* ويدل علىٰ صحة قولنا من طريق النظر: أن العلَّة الموجبة للشريك الشفعةَ، هو خوف التأذِّي علىٰ الدوام، وذلك موجود في الجار، لأن التأذِّي قائم علىٰ جهة الدوام والبقاء.

وأيضاً: اتفقنا علىٰ أن الشركة في العروض لا توجب الشفعة، فلو كانت الشفعة مستَحَقَّة لأجل الشركة، لوجبت في العروض أيضاً لوجود الشركة، فدلَّ علىٰ أن وجوبها للشريك في العقار إنما هو لِمَا تعلَّق بها من معنىٰ الجوار؛ لأنه يستحق بهذه الشركة أن يصير جاراً، فلما كانت العلة الموجِبة للشفعة عند الشركة إنما هي الجوار، وهي موجودة في الجار، وَجَبَت الشفعة به.

وليس يمتنع أن يكون الجوار والشركة كل واحد منهما سبباً تُسْتَحَقُّ به الشفعة علىٰ الانفراد، وإذا اجتمعا كان الشريك أَوْلىٰ، وإن كان الشريك إنما يستحقها أيضاً بمعنىٰ الجوار، كما أن الأخ من الأب يستحق الميراث علىٰ الانفراد بتعصيبه من جهة الأب، وكذلك الأخ من الأب والأم، ثم إذا اجتمعا: كان الأخ من الأب والأم أحقَّهما به وإن كان نَسَبُه من الأم علىٰ حياله لا يستحق به التعصيب.

---

(١) كما في رواية البيهقي في السنن ٦/١٠٣.

مسألة : [الأَوْلَىٰ بالشفعة]

قال أبو جعفر : (وأَوْلَىٰ الشفعاء بالمبيع : الشريكُ الذي لم يقاسِم، ثم يتلوه الشريك في الطريق، ثم الجار الملاصق).

وإنما كان الشريك في المبيع أَوْلَىٰ لحديث جابر : «قضىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يُقْسَم»(١).

وقوله : «إنما جَعَلَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم الشفعةَ فيما لم يُقْسَم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»(٢).

وقد بيَّنَّا أن تأويله : أن جاراً وشريكاً اختصما، فقضىٰ للشريك دون الجار، ولم يجعل للجار مع الشريك حقاً.

ويدل عليه : حديث أبي رافع من طريق إبراهيم بن مهاجر، وقد قدَّمْنا إسناده : «الشريك أحق بالشفعة، والجار أحق ممَّن وراءه»(٣).

ولا خلاف بين الفقهاء(٤) أن الشريك أحق من الجار، ثم الشريك في الطريق أَوْلىٰ من الجار؛ لأن قوله : «الشريك أحق بالشفعة، والجار أحق من غيره» : ينتظم الشريك في الطريق وغيره.

ولحديث عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم : «جار الدار أحق بشفعة جاره، يُنْتَظَر بها إذا كان

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) المغني ٥/٤٦١.

غائباً، إذا كان طريقُهما واحداً»[١].

ولأن وجوب الشفعة في الأصل موضوع علىٰ ما يُخْشَىٰ من التأذِّي بالمشتري في شركته، أو جواره، والتأذِّي بالشريك في المبيع أكثر منه بالشريك في الطريق، وبالشريك في الطريق أكثر منه بالجار.

ولهذه العلة كانت الشفعة للجار الملاصق دون مَن ليس بلصيق؛ لأن التأذِّي إنما يكون للملاصِق، لما يُخاف مِن إشرافه عليه، واطِّلاعه في داره، وضرر ما يلحقه مما يُحدِثه في مِلكه من بئر، أو حَمَّام، أو رَحَىٰ، أو نحو ذلك، وذلك معدوم في غير الملاصق.

مسألة : [استحقاق الشفيع الشفعة بالإشهاد]

قال أبو جعفر : (وإذا عَلِمَ الشفيعُ بالبيع، فإن أشْهَدَ مكانه أنه علىٰ شفعته، وإلا بَطَلَت شفعتُه).

قال أحمد : وذلك لما رُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «إنما الشفعة كنَشْطَة عِقَال[٢]، فإن قيَّدَها مكانَه ثَبَت حقه، وإلا فاللَّوْم عليه إذا لم يقدر عليه»[٣].

---

(١) تقدم.

(٢) أنشط من عقال: أي حَلَّ، وهو مَثَلٌ في سرعة وقوع الأمر، وقوله: الشفعة كنشطة العقال: تشبيه لها في ذلك في سرعة بطلانها بالتأخير، كما في المغرب ٢/٣٠٥، المصباح المنير (نشط).

(٣) أخرج نحو هذا اللفظ ابن ماجه ٢/٨٣٥ بلفظ: «الشفعة كحل العقال»، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٥٦ بعد أن عزاه لابن ماجه والبزار قال: «إسناده ضعيف جداً».

=

ورُوي في خبرٍ آخر: «إنما الشفعة لمَن واَثَبَها»[1].

ولاتفاق الجميع من فقهاء الأمصار[2] علىٰ أن تَرْكَ الطلب مدةً طويلة يُبطلها، فعَلِمْنا أن وجوبَها متعلق بالطلب في حال العلم بالعقد.

[مقدار المدة طلب الشفعة:]

وكان أبو الحسن رحمه الله يحتج عن أبي سعيد[3] أنه مقدار المجلس، مثل خيار القبول، قال: وكذلك هو عندي.

وقد روىٰ هشام عن محمد مثل ذلك.

وإنما تعلَّقت صحة الطلب بالمجلس، لأنه حقٌّ تعلَّق بعقد البيع، فأشبه خيار القبول.

مسألة: [لا يشترط في الإشهاد إحضار الثمن]

قال أبو جعفر: (وسواء أحضرَ مالاً عند ذلك بمقدار ثمن المبيع،

أما عن اللفظ الذي أورده المؤلف فيقول ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٥٦: «هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد».اهـ، وقد تكلم عن الحديث أيضاً الزيلعي في نصب الراية ٤/١٧٦.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/١٧٦: «غريب، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٨/٨٣ من قول شريح، وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقطسي في كتاب: غريب الحديث، في باب كلام التابعين» اهـ.

(٢) المغني ٥/٤٧٧-٤٧٨.

(٣) هو شيخ أبي الحسن الكرخي أبو سعيد البردعي أحمد بن الحسين، المتوفىٰ سنة ٣١٧هـ، وهو أحد الفقهاء الكبار المتقدمين ببغداد، له ترجمة في الجواهر المضية ١/١٦٣.

أو لم يُحضره).

وذلك لأن الحق يتعلق بالطلب، لا بإحضار الثمن، كما يتعلق بخيار القبول إبرام البيع، لا بإحضار المال.

* **قال أبو جعفر**: (وروي عن محمد بن الحسن خاصة أنه قال: وينبغي أن يكون الإشهاد بمَحْضر المطلوب بالشفعة، أو بحضرة الدار المبيعة).

وذلك لأن الحق معلَّق بالبائع إذا كانت في يده، وبالمشتري أيضاً، لأنه في ملكه، وبالمبيع؛ لأنه يستحقه بالشفعة، فإذا أشهد بمحضرها ولاءً[1]: صحَّ الإشهاد.

مسألة: [حبس المشتري الدار المشفوع بها حتىٰ يقبض الثمن]

قال: (وللمشتري أن يحبس الدار في يده حتىٰ يقبض الثمن، كما يجب للبيِّع حق الحبس إلىٰ أن يستوفي الثمن.

قال: وقد روي عن محمد أن القاضي لا يقضي بالشفعة للشفيع حتىٰ يَحْضُرَه مثلُ الثمن الذي استحق به الشفعة).

وذلك لأن المشتري مُجْبَرٌ علىٰ ذلك، ولا يأمن مِن أن يقضىٰ له بالشفعة، ويبقىٰ الثمن دَيناً عليه، فيَتْوَىٰ حق المشتري في الثمن الذي نقده البيِّع.

مسألة: [وجوب الشفعة واستحقاقها وملكها]

قال أبو جعفر: (والشفعة تجب بالبيع، وتُستَحق بالإشهاد والطلب، وتُمْلَك بالأَخْذ).

---

(١) أي متابِعاً دون انقطاع.

قال أحمد: يعني بقوله: تجب بالبيع: أن حق الطلب يجب بالعقد، فإذا طَلَبَ، ثَبَتَت الشفعة وصحَّت، ولا تُملك حتىٰ يُقْضَىٰ به[١]، وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٢].

فلا يملكه عليه إلا بالتراضي، أو بحكم الحاكم إذا كان نافذاً عليه، قائماً مقام قوله، كالعنِّين، والمجبوب، يوجب الحاكمُ لامرأتَيْهِما الخيارَ، ويقوم ذلك مقام قولهما في تخييرهما.

وكذلك في الرد بالعيب بعد القبض، أن الفسخ به لا يصح إلا بالتراضي، أو بقضاء القاضي.

مسألة: [اعتبار المثل أو القيمة في ثمن المشفوع به]

قال أبو جعفر: (وإذا كان ثمن المشفوع فيه له مِثْل: أَخَذَه بالمثل، وإن لم يكن له مِثل: أَخَذَه بالقيمة)[٣].

لأن الشفيع يثبت له حق الأخذ بالبدل الذي حصل علىٰ المشتري، فإذا كان له مِثْل: ثَبَتَ مثله، وإلا: فالقيمة، لأن مثله يتعذر، والقيمة تَقُوم مقام العين.

---

(١) يعني بأخذ المشفوع به.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) عبارة صاحب الهداية ٤/٢١ توضح المعنىٰ، حيث قال: «ومَن اشترىٰ داراً بعَرْض: أخذها الشفيع بقيمته، لأنه من ذوات القيم، وإن اشتراها بمكيل أو موزون: أخذها بمثله، لأنهما من ذوات الأمثال». اهـ

مسألة : [ما لا شفعة فيه]

قال : (ولا شفعة فيما لم يكن بدله مالاً، مثل النكاح، والخلع، والصلح من دم العمد).

مِن قِبَل أنه قد ثبت عندنا أن الشفيع إنما يأخذ الشيء بالبدل الذي حصل علىٰ المشتري، وأنه متىٰ حصل له الدار بغير بدل: لم يستحق عليه الشفعة، مثل الهبة، والوصية، والميراث.

وإذا صح ذلك، قلنا في النكاح علىٰ دار: إن بَدَلَها هو البُضْع، والبُضْع لا يَتَقَوَّم علىٰ أحد إلا من جهة العقد، أو وطءٍ علىٰ شبهة عقد، فصارت الدار في حق الشفيع، كالهبة التي لا بَدَل فيها؛ لأن الشفيع لا يتقوَّم عليه بُضْع، إذ ليس له عقد نكاح، فلم يَجُزْ له أخْذها.

وكذلك الطلاق ليس بمال، ألا ترىٰ أن مَن طلَّق امرأتَه في مرضه، فحصل لها بُضْعها: لم يتقوَّم عليها.

مسألة : [سكوت الشفيع بعد المطالبة والإشهاد]

قال : (وإذا طَلَبَ الشفيعُ، وأشهد علىٰ الطلب، ثم لم يطالِب بها، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: هو علىٰ شفعته أبداً؛ لأن الشفعة قد ثبتت بالطلب، وصارت له، فلا يُبْطِلها السكوتُ، وتَرْكُ المطالبة، كما لا تبطل سائر الحقوق بترك المطالبة.

وقال محمد: إذا ترك مطالبتَه شهراً: بَطَلَت شفعته).

وذلك لأنه لا يجوز أن يعطِّل علىٰ المشتري تصرُّفه فيها، وثمن الدار جميعاً.

ألا ترىٰ أن ما يُتَصَرَّف فيه بالبناء، والغَرْس، معرَّض للتلف والنقض؛

لأن للشفيع متىٰ جاء أن يأخذه برَفْع البناء، وقَلْع الغرس.

وإنما للشفيع حق الأخذ، وليس له إبطال حق الغير، فيقال له: إما أن تأخذ، فتحصِّل للمشتري الثمن، أو تترك، فتحصل له الدار.

وإنما وقَّت لذلك شهراً اجتهاداً، وجعله حداًّ فاصلاً بين القليل والكثير، وقد قالوا جميعاً فيمن حَلَفَ ليقضينَّ فلاناً ماله عاجلاً أو قريباً، ولا نية له، أنه علىٰ أقل من شهر، فلم يجعلوا الشهر قريباً ولا عاجلاً.

مسألة: [لزوم حضور البائع والمشتري للقضاء بالشفعة]

قال أبو جعفر: (وإذا كان المبيع في يد البيِّع: لم يُقْضَ للشفيع حتىٰ يحضر البيِّع والمشتري).

لأن فيه قضاءً عليه؛ لأنه ملكه، ويحتاج إلىٰ حضور البيِّع، لما فيه من استحقاق يده.

وأيضاً أَخْذها من يد البيِّع يوجب فسخ عقد المشتري، فلا يصح الفسخ أو يحضرا[1] جميعاً؛ لأن الفسخ يقع عليهما.

مسألة: [العهدة علىٰ البائع إن أخذها الشفيع منه دون المشتري]

قال: (فإذا أَخَذَها من يد البيِّع: كانت عهدته عليه دون المشتري).

مِن قِبَل أن البَيْع ينفسخ بأخذها من البيِّع، وذلك لأن صحة العقد موقوفة علىٰ سلامة القبض، وقد بطل القبض، فيبطل البَيْع، ألا ترىٰ أن هلاك المبيع قبل القبض يُبْطِل العقد، لعدم القبض، وإذا صح ذلك كانت العهدة علىٰ البيِّع، كأنه بَيْعٌ بين الشفيع والبيِّع.

---

(١) أي حتىٰ يحضرا.

مسألة : [العهدة علىٰ مَن قَبَضَ الثمن]

قال : (وإذا كان المشتري قد قبض فهو الخصم وإن غاب البيِّع).

لأن البيِّع في هذه الحال لا يقع عليه القضاء بحال؛ لأن ملكه ويده جميعاً زائلان، ولا ينفسخ البَيْع أيضاً بأخذها من يد المشتري، فلذلك لم يُعتبر حضور البيِّع، فإذا أخذها من المشتري: كانت عهدته عليه، لأنه هو المستحق للثمن.

وجملة الأمر: أن العهدة علىٰ مَنْ قَبَضَ الثمن.

مسألة : [الشفعة علىٰ الرؤوس لا الأنصباء]

قال : (والشفعة علىٰ الرؤوس، لا علىٰ الأنصباء).

لأن صاحبَ القليل يستحق شفعة جميع المبيع، كما يستحق صاحبُ الكثير لو انفرد، فلما تساويا في ذلك، تساويا في الاستحقاق.

ومَن حضر منهم أَخَذَ الجميع؛ لأن حقه ثابت في الجميع، وإنما ينقص بالمخاصمة والشركة.

وإن[1] لم يحضر مَن شاركه استحق الكل.

فإن حَضَرَ الآخر: شَرَكَه فيه، كأنهما حَضَرَا معاً، لا أنا إنما قضينا للحاضر علىٰ أن يَبطل حق الغائب.

* **قال** : (وإن كان الأول جاراً، والثاني شريكاً: كان الثاني أَوْلى).

كما لو حَضَرَا معاً كان الشريك أَوْلاهما.

---

(١) (إن): ساقطة من الأصل.

مسألة : [القول قول المشتري في الثمن]

قال : (وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن: فالقول قول المشتري).

وذلك لأن الدار في ملك المشتري، والشفيع يريد نَقْلَها إليه بالثمن، فالقول قول المشتري فيما يستحق به النقل، كالبيِّع مع المشتري.

والأصل فيه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إذا اختلف البيِّعان، فالقول ما قال البيِّع أو يترادَّان»(١).

فجعل القولَ قولَ البيِّع والشفيع؛ لأنه لم يكن بينهما عقد، ولم ينتقل الملك إليه بعد، وإنما هو في ملك المشتري.

وهذا يفارق الوكيل والموكل إذا اختلفا في الثمن، فيتحالفان؛ لأن الشيء في ملك الآمِر قد انتقل إليه بالعقد، فصار كالمشتري مع البيِّع.

مسألة : [تعارض بينة الشفيع والمشتري]

قال: (وإن أقام كل واحد منهما علىٰ ما ادعىٰ من ذلك بينة: كانت البينة بينة الشفيع، في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري).

وذلك لأن الشفيع أقام البينة علىٰ إقرار المشتري بما ادعىٰ، وأقام المشتري البينةَ علىٰ إقرار نفسه أيضاً، فحصل منه إقراران: أحدهما علىٰ نفسه، والآخر لنفسه، فإقراره علىٰ نفسه أَجْوَز من إقراره لنفسه، ألا ترىٰ

---

(١) تقدم.

أنه لو حصل الإقراران منه عند القاضي، أَخَذَه بإقراره علىٰ نفسه، دون إقراره لنفسه.

مسألة :

قال : (**وإذا كان الثمن عَرْضاً وقد هلك، فاختلفا في قيمته، فالقول** قول المشتري أيضاً).

علىٰ ما بيَّنَّا.

* **قال** : (وإن أقاما بينةً: فالبينة أيضاً بينة الشفيع في قياس قول أبي حنيفة، علىٰ ما رواه أبو يوسف.

وقال أبو يوسف ومحمد: البينة بينة المشتري).

وذكر محمد أن هذا قياس قول أبي حنيفة، وأن ذلك مخالف لإقامتهما البينة علىٰ **الثمن** نفسه؛ لأنه إذا أقاما البينة علىٰ الثمن، فقد ثبت من المشتري إقراران، فكان إقراره علىٰ نفسه أَوْلىٰ من إقراره علىٰ غيره؛ لأن البينة قد قامت علىٰ إقراره بالثمنَيْن جميعاً، كأنه أقرَّ بهما عند القاضي.

وأما قيمة العَرْض، فلم يكن من المشتري إقرار بمقدارها، فالبينة بينة المشتري؛ لأنه أثبتَ بها فَضْل القيمة.

مسألة :

قال : (وللشفيع خيار الرؤية فيما يأخذه).

لأنه بمنزلة الشرىٰ.

* (ويَرُدُّ أيضاً بالعيب)؛ لهذه العلة.

مسألة : [ليس للشفيع تفريق صفقة المشتري]

قال : (ومَن اشترىٰ داراً مِن رجلَيْن: لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب

أحدهما دون الآخر).

لأن المشتري مَلَكَ النصيبَيْن صفقةً واحدة، فليس للشفيع أن يفرِّقها عليه.

مسألة:

قال: (وإن اشترىٰ رجلان مِن رجل داراً: كان له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر).

لأنه ليس فيه تفريق الصفقة علىٰ أحد؛ لأنه أَخَذَ جميع ما مَلَكَه كلٌّ واحد منهما بالعقد.

مسألة:

قال أبو جعفر: (والشفعة لا تُورث).

وذلك لأن الوارث لا يخلو مِن أن يأخذه للميت أو لنفسه، ولا يجوز له أَخْذه لنفسه؛ لأن جواره حادثٌ بعد العقد، ومَن حَدَثَ له جوارٌ أو شركةٌ بعد العقد: لم يستحق به الشفعة في عقد متقدم.

أو يأخذه للميت، ولا يجوز ذلك؛ لأنه يلزم الميت ديناً، ولا يجوز له ذلك، لأنه لا يجوز تصرفه علىٰ الميت.

وأيضاً: فلما كان حق الشفعة متعلِّقاً بعقد البيع، أن يملك به، صار بمنزلة خيار القبول[1]، فلما اتفق الجميع[2] علىٰ أن خيار القبول لا ينتقل

(١) خيار القبول من مقتضيات العقد، حيث إن الموجِب يقوم بالإيجاب، والطرف الآخر له الخيار في القبول أو عدمه.

(٢) لم أهتد إلىٰ عزوه.

إلىٰ الوارث بالموت، وجب أن يكون كذلك حكم الشفعة.

مسألة : [ليس للشفيع تفريق الصفقة]

قال أبو جعفر : (ومَن اشترىٰ دارَيْن صفقةً واحدة، ولهما شفيعٌ واحد، فليس للشفيع أَخْذ إحداهما دون الأخرىٰ).

وذلك لأن المشتري مَلَكَهُما صفقة واحدة، فليس للشفيع تفريق الصفقة، كما أن رجلاً لو قال لرجل: قد بعتُك هاتَيْن الدارَيْن، لم يكن للمشتري أن يقبَل البيعَ في إحداهما دون الأخرىٰ.

مسألة : [بقاء ملك المشتري لما اشترىٰ ما لم يأخذه الشفيع]

قال أبو جعفر : (والمشتري مالكٌ لما اشترىٰ مما فيه الشفعة، ما لم يأخذه الشفيع).

وذلك لأن البيِّعَ كان مالكاً، وقد ملَّكه إياه وسلَّطه عليه، فمَلَكه كما كان البيِّع مالكاً.

وأيضاً: فإن ثبوت حق الغير في العقد لا يمنع وقوع الملك، كما أن خيار العيب وخيار الرؤية لا يمنع صحة الملك، وكما أن خيار امرأة المجبوب، وخيار الولي في فسخ نكاح غير الكفء لا يمنع وقوع العقد.

مسألة : [خيار الشفيع إن باع المشتري ما اشترىٰ]

قال : (فإن باعه المشتري: جاز بيعه، وكان الشفيع بالخيار، إن شاء أخذه بحق شفعته بالبيع الأول، وإن شاء أخذه بحق شفعته بالبيع الثاني).

وذلك لأن تصرف المشتري لمَّا كان جائزاً علىٰ ما بيَّنَّا، وجب أن يثبت للشفيع حق الشفعة في بيع المشتري، فحينئذ قد ثبت له حق الأخذ بأحد عقدين، إما الأول، وإما الثاني، فإن سلَّم الأول: أخذه بالثاني، وإن

فسخ العقد الثاني: أخذه بالأول.

* والمشتري وإن جاز بيعه، فليس له إبطال حق الشفيع، إذ لم يكن منه تسليط في إبطال حقه من العين، ولا ينتقل حقه مع ذلك إلىٰ بدل.

وليس هذا كالمشتري شراءً فاسداً، فيجوز تصرفه، ويبطل حق البيِّع بتصرفه؛ لأن البيِّع قد كان منه تسليطٌ للمشتري في التصرف.

مسألة: [للشفيع إبطال هبة المشتري]

قال أبو جعفر: (ولو لم يَبِعْه المشتري، ولكنه وَهَبَه: فللشفيع أَخْذُه، وإبطالُ هبة المشتري إذا كان أَخَذَه بقضاء القاضي).

وذلك لأن الدار لو كانت في ملك المشتري، لم ينتقل الملك إليه إلا بقضاء القاضي، أو بالتراضي، وهبته صحيحة فلا تنفسخ، أو يفسخها القاضي علىٰ ما بيَّنَّا فيما تقدم.

مسألة: [أثر استحقاق البناء في الشفعة]

قال: (والشفيع غير مغرور في باب الرجوع بقيمة البناء علىٰ المشتري عند الاستحقاق).

لأن المشتري لم يوجبه له، وإنما اختار أَخْذَه من غير رضا المشتري، وقد بيَّنَّا ذلك فيما تقدم.

مسألة: [للشفيع أمر المشتري بنقض ما بناه]

قال: (وللشفيع أن يأخذ المشتري بنقض ما بَنَاه).

لأنه بنىٰ في حق غيره، كمن بَنَىٰ في ملك غيره.

* **قال**: (وروي عن أبي يوسف أنه يقال للشفيع: إن شئتَ فخُذْها بالثمن وقيمة البناء، وإن شئتَ فاترك).

وهو شاذٌّ من قوله، والمشهور هو الأول[1].

ووجهه: أن المشتري بنىٰ في ملكه، وكان له أن يبني، فلا يؤمر بنقضه؛ للضرر الذي يلحقه.

مسألة: [لا تثبت الشفعة في المبيع بخيار البائع]

(وخيار البيِّع المشروط في العقد يمنع وجوب الشفعة).

لأن الشفعة تجب برغبة البيِّع عن ملكه، فيكون حينئذ الشفيع أَوْلىٰ به من المشتري.

فأما إذا كان الشيء باقياً في ملك البيِّع، وهو لم يرغب بعد عن ملكه: فلا تجب الشفعة.

ألا ترىٰ أنه إنما شَرَطَ لنفسه الخيار، لئلا يخرج عن ملكه إلا برضاه، ولو كان للشفيع أَخْذٌ، فكان قد أَخَذَه بغير رضاه، وذلك خلاف موجَب العقد.

* وإذا شُرِطَ الخيار للمشتري دون البيِّع: فللشفيع الشفعة؛ لأنها قد خرجت عن ملك البيِّع، وانقطع حقه عنها، فالشفيع حينئذ أَوْلىٰ به، لانقطاع حق البيِّع.

ألا ترىٰ أنه لو لم يكن للمشتري خيار، لكان الشفيع أَوْلىٰ به لانقطاع حق البيِّع، فخيار المشتري لا يمنع حقه، ألا ترىٰ أن للشفيع إبطال ملك المشتري، وفسخ عقده لو كان العقد بغير خيار إذا أخذه من يد البيِّع.

---

(١) وهو ظاهر الرواية، كما في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة/ ٢٤.

مسالة : [شفعة الذمي]

قال : (والشفعة للذمي كهي للمسلم).

لأن عموم الأخبار الواردة فيها لم تفرِّق في شيءٍ منها بين المسلم والذمي، ولأنهما لا يختلفان في سائر حقوق العقد، كخيار الرؤية والعيب وسائر الحقوق.

مسألة : [جواز تسليم شفعة الصغير لوليه]

قال : (ويجوز تسليم الوصي والأب شفعة الصغير في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يجوز في قول محمد).

وجه قولهما: أنه كما جاز له أن ينقلها إليه بعد الأخذ بذلك الثمن، جاز له تَرْك الثمن علىٰ ملك الصغير من غير أخذ.

مسألة : [للشفيع أَخْذ المشترىٰ من وكيل الشراء]

قال : (وللشفيع أن يأخذ من يد الوكيل بالشراء إذا كان في يده).

لأن حقوق العقد تعلَّقت به، فصار كالمشتري لنفسه، فإن سلمها إلىٰ الآمر: أخَذَها من يد الآمر، كما لو جاء والدار في يد البيِّع أَخَذَها منه، فإن كان قد سلَّمها إلىٰ المشتري: أخَذَها من يده، ولا ينفسخ القبض.

* **قال أبو جعفر** : (وقال أبو يوسف: يُقَال للمشتري وهو الوكيل: سلِّمْها إلىٰ الآمر حتىٰ يأخذها الشفيع منه).

وذلك لأنها أمانة في يده، بمنزلة الوديعة، فيأخذها من الآمر حتىٰ تكون عهدته عليه.

قال أحمد : وهذا القول ليس بمشهور، والصحيح هو الأول[1]؛ لأنها في يد المشتري علىٰ حكم العقد.

والدليل عليه: أن الوكيل لو وَجَدَ بها عيباً، كان له أن يردها، ولا يستأذن الآمر فيه.

* * * * *

(١) وهو ظاهر الرواية، كما في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة /٢٥.

كتاب المُضَارَبَة

مسألة : [جواز المضاربة]

قال : (والمضاربة بجُزءٍ معلومٍ من الربح جائزةٌ).

وذلك لأنها من العقود التي أقرَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم الناسَ عليها، مع علمه بأنهم يتعاملون بها؛ لأن عصر النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وسائر الأعصار بعده إلىٰ يومنا لم تَخْلُ مِن هذه العقود، وكانت ظاهرةً بينهم، فلم يُنْكِرْها عليهم، ولم ينكر سائرُ الصحابة والتابعين والفقهاء بعدَهم علىٰ فاعليها، فصار ذلك توقيفاً واتفاقاً من السلف علىٰ جوازها[1].

مسألة :

(ولا تجوز المضاربة إلا بمثل ما تجوز به الشركة من الأثمان).

وقد بيَّنَّا ذلك في كتاب الشركة.

مسألة :

قال : (ولا تجوز المضاربة علىٰ أن لأحدهما دراهم معلومة).

وذلك لأن هذا يُخرجها عن باب الشركة، لجواز أن لا يربح إلا هذا القدر، ولا يشاركه الآخر فيه، ومتىٰ خرجت عن باب الشركة، صارت

---

(١) المغني ٥/١٣٥.

إجارة، والإجارة لا تجوز إلا بأجر معلوم، لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن استأجرَ أجيراً فليُعْلِمْه أجره»[1].

والأجرة أيضاً في هذه المسألة مشروطة علىٰ غَرَر، لأنها شُرطت بما يكسبه، ويجوز أن لا يكسب.

* ويقتضي أيضاً أن يكون العمل معلوماً، والمدة معلومة؛ لأن العقد واقع علىٰ المدة، والمضاربة ليس لها مدة معلومة، ولا عمل معلوم، فَبَطَلَ، وصارت إجارة فاسدة.

* وإنما الفرق بين المضاربة والإجارة، أن المضاربة ضربٌ من الشركة، والإجارة عقد علىٰ المنافع، لا علىٰ وجه الشركة، بل لا تجوز مع الشركة.

مسألة: [ما يجب بفساد المضاربة]

قال: (وإذا فسدت المضاربة: كان الربح لرب المال، وللمضارب أجرةُ مثله).

وذلك لأنها حصلت إجارة بأجر مجهول، والإجارة إذا فسدت أوجبت أجر المثل للعمل.

(١) الآثار لمحمد بن الحسن ص١٦٧، مسند أحمد ٥٩/٣، مصنف عبد الرزاق ٢٣٥/٨، سنن البيهقي ١٢٠/٦.

قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٩٧/٤: «رجال أحمد رجال الصحيح، إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب».اهـ، لكن «وصله البيهقي من طريق أبي حنيفة»، كما قال ابن حجر في بلوغ المرام مع السبل ٨٢/٣ وينظر: نصب الراية ١٣١/٤، والتلخيص الحبير ٦٠/٣.

مسألة : [المضارب أمين]

قال : (والمضارب أمين في المضاربة الصحيحة).

كالمودَع، وهذا معنىٰ ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «ليس علىٰ مَن قاسم الربح ضمان»[1]، يعني المضارب والشريك.

* (وكذلك في المضاربة الفاسدة علىٰ قول أبي حنيفة).

لأنه أجير مشترك، وهو لا يرىٰ ضمان الأجير المشترك.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد: هو ضامن، كما يضمن الأجير المشترك).

مسألة : [للمضارب العمل بنفسه وبأُجَرَائه]

قال : (وللمضارب في المضاربة الصحيحة أن يعمل فيها بنفسه وبأجرائه).

لأن المضاربة تشتمل علىٰ ذلك كله.

مسألة : [دفع المضارب رأس المال لغيره مضاربة]

قال : (وليس له أن يدفعه[2] إلىٰ غيره مضاربة).

لأن فيه إثبات شركة الغير في مال رب المال، وذلك لا يجوز إلا بإذنه.

مسألة :

قال : (فإن قال له رب المال: اِعمل فيه برأيك: كان له ذلك).

---

(١) تقدم.

(٢) أي مال المضاربة.

لأنه قد رأىٰ ذلك.

مسألة : [ما يُمنَع منه المضارب المطلَق]

وعقد المضاربة المطلَقة لا يجيز لـه أن يخلطـه بمالـه، ولا أن يدفعـه مضاربة، ولا يشارك به غيره.

مسألة : [استدانة المضارب]

(فإن قال له: اِعمل فيه برأيك، كان له أن يفعل جميع ذلك.

وليس له أن يستدين علىٰ المضاربة وإن قال له: اِعمل فيه برأيك).

لأن في الاستدانة زيادة في رأس المال، ورب المال فإنما رضـي بـأن يكون رأس ماله المقدار المدفوع، ولم يأذن له في أن يجعل رأسَ مالـه في المضاربة أكثر منه، فلذلك لم يكن له أن يستدين عليها.

فصل : [سفر المضارب بالمال]

قال : (وله أن يسافر بالمال وإن لم يقل: اِعمل فيه برأيك).

لأن اللفظ يقتضي ذلك؛ لأن المضاربة إنما هي الـضرب في الأرض، قال الله تعالىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[1].

* (وروىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه ليس له أن يفعل ذلك).

ويشبه أن يكون جَعَلَه كالوكيل بالشراء.

* (وقال أبو يوسف: له أن يسافر به إلىٰ الموضع الذي يقـدر الرجـوع

---

(١) المزمل: ٢٠.

إلىٰ أهله فيبيت فيهم، كنحو قُطْرَبُّل[١] من بغداد).

وجعله كجانِبَيْ بغداد، وكسائر محالِّ البلد.

مسألة: [نفقة المضارب في السفر]

(ونفقة المضارِب في مال المضاربة في السفر).

لأن سفره كان لأجل المضاربة، مع جريان العادة من التجار بمثله، وما جرت به العادة من ذلك فهو كالنطق به.

ألا ترىٰ أنهم قالوا: إن للمشتري أن يُلْحِق برأس ماله ما أنفقه علىٰ السلعة، مما جرت عادة التجار بإلحاقه برأس المال، فيبيعه مرابحة عليه.

مسألة: [نفقة المضارب في المصر]

قال: (ونفقته في المصر علىٰ نفسه).

لأن كونه في مصره، وإقامتَه فيه ليس من أجل المضاربة.

مسألة: [كلفة علاج المضارب علىٰ نفسه]

قال: (والدواء والحِجَامة مِن ماله خاصة).

لأنه نادر خاص، وليست الحاجة إليها ضرورة، فلم يكن كالطعام

---

(١) بالضم، ثم السكون، ثم فتح الراء، وباء موحدة مشددة مضمومة، ولام: اسم قرية بين بغداد وعُكبرا، كما في معجم البلدان ٣٧١/٤، وبين بغداد وعكبرا عشرة فراسخ، كما في معجم البلدان ١٤٢/٤، والفرسخ حوالي خمسة كيلو مترات ونصف، كما قدره الدكتور محمد أحمد الخاروف ص٧٧ من تحقيقه لكتاب الإيضاح والتبيان لابن الرفعة، وعلىٰ هذا تكون المسافة بين بغداد وعكبرا حوالي ٥٥كم، وقرية قُطْرَبُّل بينهما.

والشراب والركوب.

وأيضاً: لم تجر العادة بمثله في أخذه من مال المضاربة.

مسألة : [ليس للمضارب السفر بمال المضاربة إن شُرِط عليه ذلك]

قال : (وإذا شُرِطَ علىٰ المضارب أن يعمل به في المصر: لم يكن له أن يَخرج به).

لأن تخصيصه إياها بالمصر جائز، كما لو خص نوعاً من التجارات.

* (فإن خرج به، وباع واشترىٰ: كان ضامناً، وكان ربحه له، ويتصدق به في قول أبي حنيفة).

لأنه حصل له من وجه محظور، ومَن حصل له ربحٌ من وجه محظور: أُمِرَ أن يتصدق به.

والأصل فيه: حديث عاصم بن كُلَيب عن أبيه في «الشاة المغصوبة التي دُعِيَ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فلم يُمْكِنْه أكلها، وسأل عَن شأنها، فأُخْبِرَ أنها لغيره، ثم ذُبِحَتْ بغير أمره، فأمرهم أن يتصدَّقوا بها علىٰ الأُسَارىٰ»[1].

قال : (وفي قول أبي يوسف ومحمد: لا يتصدق به).

وذكر أبو جعفر محمداً مع أبي يوسف، وهو مع أبي حنيفة.

مسألة : [فَسْخ المضاربة والمال دَيْن]

قال : (وإذا فسخا المضاربة، والمال دين، فإن كان فيه ربح: أُجْبِر المضارِب علىٰ التقاضي).

---

(١) تقدم.

لأنه قد استحق علىٰ عمله عوضاً كالأجير.

* (وإن لم يكن فيه ربح: لم يُجبر علىٰ التقاضي).

لأنه [لم][1] يستحق علىٰ عمله عوضاً، وهو متبرع كالوكيل، فيحيلُ ربَّ المال علىٰ الغريم.

مسألة: [موت المضارب]

قال: (وإذا مات المضارب، فلم تُعْرَف المضاربة بعَيْنها في ماله: صارت دَيْناً عليه).

لأنا قد حكمنا بما كان في يده ميراثاً عنه، وإذا صار ميراثاً عنه فقد ملَّكْنَاه إياه، ولا يجوز أن نملِّكَه مالَ الغير بغير بدل، ولذلك صار مضموناً.

فإن قيل: إنما يجب هذا الاعتبار إذا عُلِمَ أنه كان في يده إلىٰ أن مات.

قيل له: هو كذلك، فالأصل أنه باق في يده حتىٰ يُعلم زوالها عنه.

وأيضاً: لما أمكنه البيان، فتوصل به رب المال إلىٰ حقه بعينه، فلم يفعل، صار مضيِّعاً له، بمنزلة لو تَركَه في غير حِرز فضمنه.

مسألة: [عتق المضارب عبدَ المضاربة]

قال: (فإن أعتق المضاربُ عبدَ المضاربة، فإن كان فيه فَضْل: جاز عتقه في حصته من الربح، وكان بمنزلة عبدٍ بين رجلَيْن أعتقه أحدُهما علىٰ اختلافهم فيه).

وذلك لأن هذا العبد بعينه قد حصل فيه رأس المال والربح، ولا بدَّ

---

(١) ساقطة من الأصل.

مِن أن يملك المضارب حصته من الربح، فينفذ عتقه فيه.

قال: (وإن لم يكن فيه فَضْل، لم يجز عتقه).

وذلك لأنه لا ملك له فيه.

مسألة: [عتق المضارب عبدَي المضاربة]

قال: (وإن اشترىٰ المضارب عبدَيْن بمال المضاربة، قيمةُ كل واحد منهما مثل رأس المال، فأعتقهما، أو أحدَهما: لم يجز عتقه في شيء منهما).

وذلك لأنه لم يحصل له في واحدٍ منهما ربح، إذ جائز أن يكون كل منهما هو رأس المال.

ألا ترىٰ أنه لو هلك الآخر، كان رأس ماله في الباقي، ولا ربح للمضارب إلا بعد حصول رأس المال، فإذا لم يكن له في واحد منهما ربح، لم يجز عتقه فيه.

* فإن أعتقهما جميعاً: لم يجز أيضاً؛ لأنه إذا ثبت أن عتقه غير جائز في كل واحد منهما علىٰ الانفراد، لم يجز عتقه إذا جَمَعَهُما في العتق، إذ ليس في الأصول عِتْق عبد يكون جوازه موقوفاً علىٰ عِتْق عبدٍ آخر.

مسألة: [عتق رب المال عبدي المضاربة معاً]

قال: (فإن أعتقهما ربُّ المال معاً: نفذ عتقه فيهما، وضمن للمضارب قيمة حصته من الربح منهما، موسراً كان أو معسراً).

وذلك لأن ملكه قائم في كل واحد منهما علىٰ حِياله، فنفذ عتقه فيهما، إلا أنه يصير به مستوفياً لألفَيْن إن كانت قيمة كل واحد منهما ألفاً، ورأس المال ألف، فما فَضَل عن رأس المال ضَمِنَ نصفَه للمضارب.

* وإنما لم يختلف فيه حكم اليسار والإعسار؛ لأن المضارب لم يكن له ملك في واحد من العبدَيْن، وإنما كان له حق يملك بـه في الثـاني عنـد حصول رأس المال.

وإنما حصل ربحه بعد نفاذ عتق رب المال فيهما، فـضمنه مـن طريـق الاستهلاك[1] ومَنْع الملك.

ألا ترىٰ أن ولد المغرور: يضمن المغـرورُ قيمتَـه للمـستحق، موسـراً كان أو معسراً؛ لأنه إنما منعه الدخول[2] في ملكه، إذ كان جـزء الأصـل، فإنه لا يختلفان بكون الجارية أمَّ ولد للمستحق، أو أمـةً غـير أم ولـد، في باب ضامن الولد، لأنه مَنَعَه من الدخول في ملكه مع استحقاقه إيـاه لـولا حريته بدِعْوته، كذلك ما وصفنا.

مسألة: [تفريق رب المال عتق عَبْدَي المضاربة]

قال أبو جعفر: (وسواء كان عِتْقه إياهما معاً، أو كان أعتق أحـدَهما، ثم أعتق الآخر).

---

(١) «لأنه أتلف علىٰ المضارب من الربح نصيبه، وهو خمسمائة درهم، وكان ذلك الضمان ضمان إتلاف المال، فيضمن موسراً كان أو معسراً»، كما في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة/ ٢٧.

(٢) أي منع المغرورُ المستحقَّ من دخول هذا الولد في ملكه، لأن أم الولد هي ملك للمستحق، والولد جزء الأصل، فلما ادعاه المغرور وكان حراً، كان الولد حراً، ومنع ذلك من دخوله في ملك المستحق.اهـ ينظر في هذا تتمة فتح القدير شرح الهداية لقاضي زاده ٢٩٣/٧.

قال أحمد : هذا الذي قاله في هـذا الفـصل خطـأ[١]؛ لأنـه إذا أعتـق أحدَهما قبل الآخر: نَفَذَ عتقه في جميعه، وصار به مستوفياً لرأس المـال، وبقي العبد الآخر ربحاً بينهما، فلمَّا أعتقه صـار بمنزلـة عبـدٍ بـين رجلَـيْن أعتقه أحدُهما، فيكون له خيار علىٰ ثلاثة أوجه في قول أبي حنيفة:

[ضَمِنَ][٢] إن كان موسراً.

وإن كان معسراً: فله خِياران: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: إن كان موسراً ضَمِنَ، وإن كان معـسراً سعىٰ العبد في نصف قيمته.

وقد بيَّنه محمد علىٰ هذا الوجه في كتاب المضاربة الكبير.

مسألة : [ما ليس للمضارب أن يشتريَه]

قال : (وليس للمضارب أن يشتريَ بمال المضاربة ذَا رَحِمٍ مَحْـرَم مِـن رب المال، ولا أمَّ ولده، ولا مَنْ يجوز له بيعه).

لأن المضاربة تقتضي جواز التصرف فيما يـشتريه حـتىٰ يحـصل رأس المال، فما لا يُمكنه بيعه وتحصيل رأس المال به، لم يـدخل تحـت عقـد المضاربة.

* **قال** : (ولا يجـوز أن يـشتريَ علـىٰ المـضاربة ذا رَحِـمٍ مَحْـرَم مـن المضارب إذا كان فيه فَضْلٌ عن رأس المال).

وذلك للعلة التي ذكرنا، وهو أنه لا يمكنه التصرف فيما اشـتراه علـىٰ

---

(١) ومثله في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة /٢٨.

(٢) ساقطة من الأصل، وقد ذكرها الإسبيجابي في شرحه ٢/ لوحة/ ٢٧.

المضاربة، لأنه يَعْتِق عليه حصته من الربح، فصار شراؤه لنفسه خاصة.

قال أحمد: وقال محمد في الزيادات: لو اشترىٰ المضاربُ نصفَها بمال المضاربة، ونصفَها لنفسه خاصة، ونصفُ قيمة الجارية مثل رأس المال: كان النصف الذي اشتراه علىٰ المضاربة واقعاً للمضاربة، وتَعْتِق الجارية علىٰ المضارب، ولا ضمان عليه في قياس قول أبي حنيفة، وتسعىٰ الجارية في نصف قيمتها لرب المال، فتكون علىٰ المضاربة.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: يضمن المضارِب إن كان موسراً نصفَ قيمة الجارية، وإن كان معسراً: سَعَت الجارية في نصف قيمتها.

ففرَّق بين أن يشتريَ علىٰ المضاربة نصفَها، ونصفَها لنفسه، وقيمةُ نصف الجارية مثل رأس المال، وبين أن يشتريَ جميعها علىٰ المضاربة، وقيمتُها أكثر من رأس المال، مِن قِبَل أن النصف الذي اشتراه علىٰ المضاربة، لو انفرد به من غير شراء النصف الآخر لنفسه، لم يكن مخالفاً، فشِرَاهُ للنصف الآخر لنفسه، لا يجعله مخالفاً، كما لو اشتراها هو علىٰ المضاربة ورَجُلٌ آخر، هي ذات رَحِم محرم منه، لم يكن مخالفاً، وكذلك شراؤه نصفها لنفسه لا يجعله مخالفاً.

وإذا اشترىٰ جميعَ الجارية علىٰ المضاربة، وفيها فَضْل وهي ذات رحم مَحْرَم منه: فهو مخالف في نفس ما اشتراه علىٰ المضاربة، فلذلك لزمه.

وإنما لم يجب عليه ضمان ما اشتراه علىٰ المضاربة بعتق النصف الذي اشتراه لنفسه في قول أبي حنيفة: مِن قِبَل أنه لما كان مأذوناً له في شراء ذلك النصف علىٰ المضاربة، صار بمنزلة رجلَيْن اشتريا ابنَ أحدِهما، فلا يضمن الأب للشريك شيئاً، ولكن الغلامَ يسعىٰ في قول أبي حنيفة،

ويضمن في قولهما وإن كان موسِراً.

مسألة :

قال : (فإن اشتراه، ولا فضل فيه عن رأس المال، ثم زادت قيمتُه علىٰ رأس المال: خرج من المضاربة، وسعىٰ لرب المال في حصته، ولا يضمن المضاربُ شيئاً).

لأنه عَتَقَ بغير فِعله، إنما أعتق بزيادة القيمة ولا يضمن، ألا ترىٰ أن رجلين لو وَرِثا ابنَ أحدهما: لم يضمن الأب شيئاً، لأنه دخل في ملكه بغير فعله، ولكنه يسعىٰ، كذلك ما وصفنا.

مسألة : [شراء أم ولد نفسه]

قال : (فإن اشترىٰ أمَّ ولدِ نفسه، ثم زادت قيمتها، حتىٰ صار له فيها ربح، ضمن حصة رب المال، ولا سعي عليها).

لأنها قد انتقلت إليه، وهو علىٰ ملكه، فضمن قيمتها.

ألا ترىٰ أن رجلين لو وَرِثَا أمَّ ولد لأحدهما: ضمن حصة شريكه، موسراً كان أو معسراً؛ لأن نصيب الشريك قد انتقل إليه، وهو في ملكه.

* * * * *

كتاب المُسَاقَاة

مسألة : [عدم جواز المساقاة عند الإمام]

قال : (كان أبو حنيفة لا يجيز المساقاة بحال).

وذلك لأنها إجارة بأجر مجهول، وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن استأجر أجيراً، فليُعْلِمه أجره»[١].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لرَافع بن خَدِيج في الأرض: «لا تستأجِرْها بشيءٍ منها»[٢].

والدليل علىٰ أن المساقاة إجارة: أنها عَقْدٌ علىٰ منافع، مِن شرط صحتها توقيت المدة عند مَن يجيزها.

وليست كالمضاربة؛ لأنها تصح بغير مدة مشروطة، والمساقاة لا تصح إلا بمدة معلومة، فدل ذلك علىٰ أنها إجارة، والإجارة لا تصح إلا بأجر معلوم، بما قدَّمنا من السُّنَّة، واتفاق الأمة من سائر الإجارات[٣].

---

(١) تقدم.

(٢) ورد النهي عن استئجار الأرض بشيء منها بلفظ قريب عن رافع بن خديج مرفوعاً في صحيح البخاري ٥/٢٥، صحيح مسلم ٣/١١٨٣.

(٣) المغني ٦/٥.

* وأما قصة خَيْبَر، ودفعُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم النخلَ مساقاة[١]، فلا يجوز أن يكون أصلاً فيه؛ لأن أولئك كانوا مُبقين علىٰ حكم الفيء والغنيمة؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم فَتَح بلدهم عَنْوَة، فأعطاهم النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم الأرضَ والنخل علىٰ أن يعملوا فيها، وقال لهم: «أُقِرُّكم ما أَقَرَّكم الله»[٢].

ومثل هذا قد يجوز فيما بيننا وبين عبيدنا.

ويدل عليه: أنه لم يضرب لهم مدةً معلومة للعمل، فدلَّ علىٰ أنها كانت علىٰ سبيل ما يُعامِل به المولَىٰ عبدَه.

واتفق مجيزو المساقاة فيما بيننا علىٰ أنها لا تجوز إلا بمدة معلومة، فعَلِمْنا أن قصة خيبر، ليست بأصلٍ للمساقاة فيما بيننا.

وأيضاً: يحتمل أن يكون ما أَخَذَ منهم، كان علىٰ سبيل الجزية، وقد يجوز في الجزية من الجهالة ما لا يجوز مثله في عقود الإجارات.

* (وفي قول أبي يوسف ومحمد: تجوز المساقاة علىٰ وقتٍ معلوم وعملٍ معلوم).

واستدلوا عليها بقصة خيبر.

مسألة: [شروط المساقاة عند الصاحبَيْن المجيزَيْن لها]

(فإن لم يشترط الحفظ، والتلقيح علىٰ العامل، والنخلُ يحتاج إلىٰ ذلك: فَسَدت المساقاة عندهما).

---

(١) صحيح البخاري ٣٦٢/٤، صحيح مسلم ١١٨٦/٣.

(٢) صحيح البخاري ٢١/٥، ٣٢٧/٥، صحيح مسلم ١١٨٧/٣.

وذلك أن العامل إذا لم يكن عليه الحفظ والسقي ونحو ذلك، والنخل محتاج إليه، كان ذلك علىٰ رب النخل، وشَرْطُ بعضِ عملِ المساقاة علىٰ رب النخل يُفْسِدها، كما أنه لو شُرِطَ عملُ رب المال مع المضارب، فَسَدَت المضاربة.

* * * * *



كتاب الإجَارَات

مسألة : [أدلة جواز الإجارة]

قال أحمد : الأصل في جواز عقود الإجارات كتاب الله وسنة نبيه صلىٰ الله عليه وسلم، واتفاق الصدر الأول.

فأما موضعه في كتاب الله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(١).

وقال موسىٰ عليه السلام لصاحبه: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾(٢).

وقال الله تعالىٰ حاكياً عن نبيِّه شُعَيْب صلىٰ الله عليه وسلم: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾(٣).

فدل ظاهر لفظه علىٰ أن ذلك كان عقد إجارة فيما بين شُعَيب وبين موسىٰ عليهما السلام، وأنه جَعَلَ نكاحَ البنت شرطاً في الإجارة؛ لأنه شَرَطَ المنافع لنفسه، لا للمرأة، ولو كان ذلك عقد نكاح، لوجب أن تكون المنافع مشروطة للمرأة؛ لأنه لا يجوز أن يستحقَّ بدلَ بُضْعها غيرُها.

وقال تعالىٰ حاكياً عن صاحب يوسف عليه السلام: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ

---

(١) الطلاق: ٦.

(٢) الكهف: ٧٧.

(٣) القصص: ٢٧.

حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[١].

وذلك إجارة؛ لأنه شَرَطَ لمَن جاء به حِمل بعير، بدلاً عن مجيئه به[٢].

وقال الله تعالىٰ: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾[٣].

روي عن ابن عمر أنها نزلت فيمن أُكْرِيَ إلىٰ مكة، وحَجَّ[٤].

ومن جهة السنة: حديث أبي هريرة «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم كان يربط الحَجَرَ علىٰ بطنه من الغَرْث[٥]، فانطلق رجل من الصحابة فاسْتَقَىٰ عشرين سَجْلاً[٦] علىٰ عشرين تمرة، فجاء بها إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فأكَلَها»[٧].

---

(١) يوسف: ٧٢.

(٢) وقد وضح المؤلف هذا المعنىٰ أكثر في أحكام القرآن ١٧٥/٣.

(٣) البقرة: ١٩٨.

(٤) جامع البيان للطبري ٢٨٢/٢، والمراد أنها نزلت فيمن استأجر ليحمل الحجاج علىٰ دابته، ثم هو حج.

(٥) الغرث: الجوع، النهاية لابن الأثير ٣٥٣/٣، القاموس المحيط (غرث).

(٦) السَّجْل: الدلو الملأىٰ، كما في مختار الصحاح (سجل).

(٧) سنن ابن ماجه ٨١٨/٢، سنن البيهقي ١١٩/٦، مسند أحمد ١٣٥/١.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٦١/٣: «رواه أحمد بسندٍ جيد، ورواه ابن ماجه بسند صححه ابن السكن».اهـ

وحديث ابن عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «مَثَلُكُم ومثلُ اليهود والنصارىٰ، كمَثَلِ رجلٍ استأجر أجيراً، فقال: مَنْ يعمل لي إلىٰ نصف النهار علىٰ قِيراط...»(١)، إلىٰ آخر الحديث.

وحديث عائشة في قصة هِجرة النبي صلىٰ الله عليه وسلم مع أبي بكر قالت: «واستأجر النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الدِّيْل هادياً خِرِّيتاً(٢)، فأخذ بهما علىٰ طريق الساحل»(٣).

وحديث الثوري عن سِمَاك بن حرب عن سويد بن قيس قال: «جلبت أنا ومَخْرَفَة(٤) العبدي بَزّاً(٥) من هَجَر(٦)، فلما كنا بمِنَىٰ، أتانا رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فاشترىٰ مِنَّا سَرَاويل قال: وثَمَّ وزَّانٌ يَزنُ بالأجر، فدَفَعَ إليه رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم الثمن، ثم قال: زِنْ وأَرْجِح»(٧).

---

(١) صحيح البخاري ٤/٤٤٥.

(٢) الخِرِّيت: الماهر الذي يهتدي لأخرات المفازة، وهي طرقها الخفية ومضايقها. النهاية ٢/١٩.

(٣) صحيح البخاري ٧/٢٣٢.

(٤) في الأصل: مخرمة، وهو عند النسائي وأبي داود وابن ماجه، ونص علىٰ ذلك المنذري في مختصر سنن أبي داود ٥/١١، وفي الترمذي: (مخرمة)، وبين هلالين: (مخرفة).

(٥) البز: الثياب، مختار الصحاح (بزز).

(٦) هجر: اسم بلد معروف بالبحرين، أما هجر التي تُنسب إليها القلال الهجرية، فهي قرية من قرىٰ المدينة، كما في النهاية ٥/٢٤٦-٢٤٧، معجم البلدان ٥/٣٩٣.

(٧) سنن النسائي ٧/٢٨٤، سنن الترمذي ٣/٥٩٨ وقال: حسن صحيح، سنن =

فهذه الأخبار كلها تقتضي جواز الإجارة علىٰ منافع الإنسان.

وقد روي في جواز عقد الإجارة علىٰ منافع الأَرَضَين حديث سعد بن أبي وَقَّاص «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أرخص أن تُكْرَىٰ الأرضون بالذهب والفضة»[1].

وقد اتفق فقهاء السلف[2] علىٰ مثل ما ورد به ظاهر الكتاب والسنة، من جواز عقود الإجارات علىٰ منافع الأبدان والعقار والعروض.

فصل : [أنواع الإجارة]

وعقد الإجارة علىٰ وجهين: أحدهما علىٰ منافع معلومة، والثاني علىٰ مدة معلومة يستحق فيها تسليم الشيء المستأجَر، لا تصح إلا علىٰ أحد هَذيْن الوجهَيْن، مع نفي الجهالة عن الأجرة حسب نفيها عن عقود البياعات.

والدليل علىٰ صحة ذلك: ما روىٰ أبو سعيد الخدري وأبو هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن استأجر أجيراً فليُعْلِمْه أجره»[3].

استفدنا به معنَيَيْن: أحدهما من طريق النص، والآخر من طريق الدليل.

فأما شرط معرفة الأجرة، ونَفْي الجهالة عنها، فهو مذكور فيها نصاً.

أبي داود ١٣/٦٣١، سنن ابن ماجه ٢/٧٤٨.

(١) صحيح البخاري ٥/٢٥، صحيح مسلم ٣/١١٨٣.

(٢) المغني ٦/٣.

(٣) تقدم.

ودلَّنا ذلك علىٰ وجوب نفي الجهالة عن المعقود عليه من المنافع، وعلىٰ أن المعدوم من المنافع في عقد الإجارة في حكم المملوك من الأعيان بعقد البيع؛ لأنه من حيث نَفَىٰ الجهالةَ، كان واجباً أن تكون منفية عن بدلها وهي المنافع.

كما أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لما نَفَىٰ الجهالة عن السَّلَم بقوله: «فليُسْلِم في كيلٍ معلوم، ووزنٍ معلوم، إلىٰ أجل معلوم»[١]: عَقَلْنا به وجوب نفي الجهالة عن بدله، وهو رأس المال.

فصل: [شروط استحقاق الأجرة]

والأجرة لا تُستَحق عندنا إلا بأحد ثلاثة معان:

إما بشرط التعجيل، [أو بالتعجيل من غير شرط][٢]، أو باستيفاء المنافع.

والدليل علىٰ أنها غير مستحَقة بالعقد: قولُ الله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٣]، فأوجب لهنَّ الأجر بعد الرضاع.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة:

---

(١) تقدم.

(٢) سقطت هذه الجملة من الأصل، وقد ذكرالمؤلف أنها ثلاثة معان، ولم يذكر في الأصل إلا اثنين، لكن لما استدل بالنظر ذكر شرط التعجيل، والتعجيل بغير شرط، وقد أثبتُّ عبارة الهداية ٣/ ٢٣٢.

(٣) الطلاق: ٦.

«أعطِ الأجير أجرَه قبل أن يَجِفَّ عَرَقه»[1].

وهذه حال فراغه من العمل.

وحدثنا دَعْلَج بن أحمد قال: حدثنا محمد بن إبراهيم البُوشَنْجِي قال: حدثنا النُّفَيْلي قال: حدثنا يحيىٰ بن سليم الطائفي قال: سمعت إسماعيل بن أمية يذكر عن سعيد بن أبي سعيد المَقْبُري عن أبيه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم:

«يقول ربُّكم: ثلاثةٌ أنا خَصْمُهم، ومَن كنتُ خَصمه خَصَمْتُه: رجلٌ أعطاني عهداً ثم غَدَر، ورجل باع حراً ثم أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفىٰ عمله، ولم يوفِّه أجره»[2].

فأخبر أن اللوم يلحقه بمَنْع الأجر بعد استيفاء العمل، ألا ترىٰ أن الأجرة لما كان شرطها أن تكون معلومة في العقد قال: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، فَشَرَطَ نَفْي الجهالة عنها في العقد، إذ كان ذلك واجباً في نفس العقد، فلو كانت الأجرة مستَحَقَّة بالعقد، لكان الأَوْلىٰ أن يقول: أعط الأجير أجره بعد العقد.

---

(١) سنن ابن ماجه ٨١٧/٢، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٥٩/٣ «أخرجه ابن ماجه، وفيه: عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، والطبراني في الصغير، وفيه: شرقي بن قطامي، وهو ضعيف، وأبو يعلىٰ وابن عدي والبيهقي، وهذا الحديث ذكره البغوي في المصابيح في قسم الحسان».اهـ

وقال المناوي في فيض القدير ٥٦٣/١: «وبالجملة فطرقه كلها لا تخلو من ضعيف أو متروك، لكن بمجموعها يصير حسناً» اهـ. وينظر نصب الراية ١٢٩/٤.

(٢) صحيح البخاري ٤١٧/٤ بدون زيادة: «ومن كنت خصمه خصمته»، وهي عند ابن خزيمة وابن حبان والإسماعيلي، كما في فتح الباري ٤١٨/٤.

ولقال في حديث: «ثلاثة أنا خصمهم»: ورجل استأجر أجيراً فلم يُعطه أجرَه.

* وأيضاً مِن جهة النظر: إن عقدَ الإجارة واقع علىٰ المنافع وعلىٰ الأجرة، كعقد البيع، يفيد ملك الثمن والمبيع معاً، فلما لم تكن المنافع مملوكة في حال العقد، لأنها معدومة فيه، وجب أن لا يَملك المؤجِر الأجرة، فإذا استوفىٰ المنافعَ مَلَكَ المؤاجِر بإزاء ملك المستأجِر المنافعَ.

* فإن شَرَطَ التعجيل، أو عجَّل: مَلَكَ، وذلك لوجود السبب الذي به تملك الآخر عند استيفاء المنافع، وهو العقد، ويصح تعجيل ما لم يستحق مِن أجل وجود السبب، كجواز تعجيل الزكاة لأجل وجود النصاب، وتعجيل كفارة القتل لأجل وجود الجراحة.

فإن قال قائل: قَبْضُ الشيء المستأجَر، بإزاء قَبْض المبيع، فيجب علىٰ هذا أن يستحق عليه الأجر بقَبْض المستأجَر، كما يُستَحق الثمنُ علىٰ المشتري بقبض المبيع.

قيل له: أما الثمن فإنما يُستَحَق علىٰ المشتري بالعقد، كما مَلَكَ المبيع بالعقد، وأما قَبْض المستأجَر، فلم يوجِب له مِلْك المنافع؛ لأنها لو كانت مملوكة بالقبض، لوجب أن تصير في ضمانه، حتىٰ لو هلك المستأجَر في يده بعد القبض: أن لا تنتقض الإجارة، ولا يسقط عنه شيء من الأجر، وهذا خلاف الاتفاق، فثبت بذلك أن قَبْض المستأجر، لم يوجِب له ملك المنافع ولا حصولها في ضمانه.

فصل: [زمن استحقاق الأجر]

قال أبو جعفر: (وقال أبو حنيفة في الإجارة الواقعة علىٰ المدة، مثل استئجار الدار شهراً، أو سنة، أنه يستحق الأجر يوماً بيوم، علىٰ حسب

استيفاء المنافع وهو قولهم جميعاً[١].

وكان أبو حنيفة يقول قبل ذلك: لا يستحق شيئاً مِن الأجر حتىٰ تمضيَ المدةُ كلها).

وقد بيَّنَّا وجه قوله فيما تقدم آنفاً.

ووجه قوله الأول: أنه جَعَله بمنزلة المبيع، أن البيِّع لا يستحق شيئاً من الثمن إلا مع تسليم جميع المبيع، وأنه لو مَنَعَه بعضَ المبيع، لم يستحق ثمن الباقي حتىٰ يُحْضِر الجميع.

ثم رَجَعَ وفرَّق بينه وبين البيع، مِن قِبَل أن عقد البيع يوجب تسليم المبيع دفعة، وكذلك يستحق ثمنه دفعة، وعقد الإجارة يقتضي التسليم حالاً فحالاً، يستحق البدل علىٰ حسب استحقاق المبدَل منه؛ لأن تسليم أحد البدلين مستَحق بحذاء تسليم البدل الآخر، ولهذه العلة قالوا: إن المؤجِر لو مَنَعَه تسليمَ المستأجَر بعضَ المدة، ثم أراد أن يسلم في بقية المدة، لم يكن للمستأجِر أن يمتنع من ذلك.

ولو أن البيِّع أتلف بعضَ المبيع قبل القبض، كان للمشتري أن يمتنع من قبض الباقي، وأن يفسخ البيع فيه، مِن قِبَل أن المستأجِر لم يستحق تسليم المنافع علىٰ المؤجِر إلا حالاً فحالاً، علىٰ حسب مضيِّ الأوقات، فلم يتفرق عليه التسليم المستَحق بالعقد لأجل مَنْع المؤجِر إياه بعضَ المدة.

وأما المشتري فقد استَحَق علىٰ البيِّع تسليمَ المبيع دفعة، فإذا هلك

---

(١) أي قول الإمام والصاحبين جميعاً، وقد اختصر الجصاص عبارة الطحاوي. ينظر المختصر ص١٢٨.

بعضُه، أو نصفُه، أو مَنَعَه، كان له الامتناع من قَبْض الباقي، إذ ليس هو واقعاً علىٰ الوجه المستَحق بالعقد.

فصل:

قال أبو جعفر: (وتجوز الإجارة علىٰ أجرة آجلة أو عاجلة).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن استأجر أجيراً فليُعلمه أجره»[١]، فأجازها إذا كانت الأجرة معلومة، ولم يفرِّق بين أن تكون الأجرة معجَّلة أو مؤجلة.

مسألة: [حكم الأجرة لو انتقضت الإجارة]

(ولو انتقضت الإجارة بعد قبض المؤجر الأجرة: كان له منها بحساب ما مضىٰ، مما قد استوفىٰ منافعه، وردَّ علىٰ المستأجر ما بقي منها).

وذلك أن قَبْضَ العبدِ[٢] لا تصير به المنافع في ضمانه؛ لأنه لا سبيل له إلىٰ استيفاء جميع المنافع بحصول العقد في يده في الحال، وإنما يمكن استيفاؤها علىٰ حسب مضي الأوقات، فيحتاج إلىٰ وجود الأوقات التي يصح فيها تسليم المنافع واستيفاؤها، حتىٰ يُستحق الأجر بها، فلذلك لم تلزمه أجرة الأوقات التي لم يقع منه تسليم فيها.

وليست الإجارة في هذا كالنكاح، في باب أن وجود الخلوة مرة واحدة، تَمنع سقوط شيءٍ من المهر بورود الطلاق، وذلك لأن عقد

---

(١) تقدم.

(٢) هذا كمثال فيمن استأجر عبداً للخدمة، كما يتضح هذا من آخر هذه المسألة.

النكاح لا يتناول المدة، لأنه لو وقع علىٰ المدة، لَمَا صحَّ إلا مع ذكر مدة معلومة، كالإجارة لما تناولت المدة، إذا كانت معقودة عليها، لم تصح إلا مع ذكر المدة، وإذا كان كذلك عَلِمْنَا أن عقد النكاح إنما يتناول تسليماً صحيحاً من جهتها، كما تناول عقد البيع تسليماً واحداً من جهة البيِّع، فإذا وُجِدَ: صار الشيء في ضمان المشتري، كذلك في النكاح.

ويَدُلّك علىٰ ما وصفنا من الفرق: أن أحد الزوجين لو مات قَبْلَ الدخول: استَحَقَّت كمالَ المهر، ولو مات العبد المستأجر قبل القبض: لم يستحق المؤجِر شيئاً من الأجر.

مسألة: [انتقاض الإجارة بموت المستأجِر أو المؤجِر]

قال: (ومن مات من المستأجِر أو المؤجِر انتقضت الإجارة).

أما إذا مات المؤجِر، فقد انتقل ملك الدار إلىٰ الورثة، والمنافع حادثة علىٰ ملكهم، لأنها تُملك في حال حدوثها، فمَن كان الأصل في ملكه، فالمنافع حادثة علىٰ ملكه، والميت فإنما كان عقد الإجارة علىٰ أن تُسْتَوْفَىٰ المنافعُ مِن ملكه، فلما زال ملكه عن الأصل بَطَلَت الإجارة، إذ غير جائز للمستأجر استيفاء المنافع من ملك مَنْ لم يعقد في ملكه.

فإن قيل: فالجارية الموصَىٰ بخدمتها لرجل، تُسْتَوْفَىٰ منافعها ممن هي ملك الوارث.

قيل له: لأن هذه المنافع لم تُعقد إلا في ملك الوارث، ونحن فإنما منعنا أن تُستوفىٰ من ملك الوارث منافع عَقَدَ عليها في غير ملكه.

ألا ترىٰ أن المؤجِر لو باع العبدَ المستأجَر، فأجاز المستأجِر البيعَ: فإن الإجارة تبطل، لانتقال الملك إلىٰ غير مَن عُقِدَ في ملكه، ولم يجز أن تُسْتَوفىٰ المنافع من ملك المشتري إذا لم يُعْقَد عليها في ملكه، كذلك إذا

مات المؤجِر.

* وأما إذا مات المستأجِر، فقد انتقل ملكه إلىٰ الورثة، فلا يجوز أن تُسْتَحق عليهم الأجرة بعد الموت، وذمة الميت قد بطلت، ولا يلحقه الدَّيْن بعد موته.

ولأنه مُعْسِر أيضاً، لا سبيل له إلىٰ الأداء؛ لأن الملك قد صار للوارث.

فإن قال قائل: لما كان المعدوم من المنافع في حكم الموجود من الأعيان في باب العقد عليها، فهلاَّ جعلتَها في حكم الأعيان في باب بقاء العقد عليها مع موت أحدهما.

قيل له: جواز العقد علىٰ المنافع المعدومة لم نجعلها في حكم الأعيان في باب حصولها في ضمانه بقبض العبد، لاتفاق الجميع[1] علىٰ أن العبد لو مات بعد قبض المستأجر إياه قَبل مضي شيءٍ مِن المدة: بطل العقد، ولم تلزمه شيء من الأجرة.

ولم تكن بمنزلة العبد المشترَىٰ إذا مات في يد المشتري بعد القبض بلا فصل، فكذلك لا تصير في حكم الموجود من الأعيان في باب امتناع انتقاض العقد بموت أحدهما.

ويدل علىٰ أن المنافع المعقود عليها في ملكٍ لا يجوز استيفاؤُها من ملك آخر: أن العاريَّة تبطل بموت المُعِير أو المستعير، لبطلان الملك الذي عُقِدَ فيه الإجارة.

---

(١) لم يحك ابن قدامة فيها خلافاً، كما في المغني ٦/ ٥٠، ومثله ابن جزي في القوانين الفقهية ص١٨٣.

مسألة : [ضمان المستأجِر إن تعدَّىٰ الشروط]

قال أبو جعفر : (ومَن استأجر دابةً إلىٰ مكان، فجاوَزَ بها إلىٰ مكان آخر: كان ضامناً لها ساعةَ جاوز بها).

وذلك أنه لم يُؤْمَر بالمجاوزة، فلما جاوز بها بغير أمر مالكها: صار غاصباً، وقد لزمه الأجر قبل ذلك، فلا يسقط الضمان.

مسألة : [حبس المستأجِر الدابةَ في منزله]

قال : (ولو استأجرها إلىٰ مكان بعينه، فحبسها في بيته: فلا أجر عليه).

لأن المعقودَ عليه منها تسليمُها في الموضع المشروط فيها السَّيْر، ولم يحصل ذلك، فلم يجب الأجر، لعدم التسليم.

وهو ضامن بحبسها في منزله؛ لأنه لم يُؤْمَر بإمساكها علىٰ الوجه.

مسألة : [استحقاق الأجر بالتسليم]

قال : (وإن قادها إلىٰ ذلك المكان، ولم يركَبْها: فعليه الأجر).

لأن التسليم قد وُجِدَ في الأماكن المستأجَر إليها، وبه يُستَحق الأجر، لا بالركوب، كما يُستحق أجر الدار بالتسليم، لا بالسكنىٰ.

مسألة : [وجوب أجر الدار بقبضها]

قال : (ولو استأجر داراً فَقَبَضَها: فعليه الأجر وإن لم يسكنها إذا بقيت في يده إلىٰ انقضاء المدة).

لأن الأجر إنما يُستَحق بتسليمها في المدة المؤقتة للإجارة، ألا ترىٰ أنه لو سكَنَها إلا أنه كان يخرج بالنهار، ويرجع بالليل فيبيت فيها، أنه تُستَحق جميع الأجرة، ولم تسقط عنه حصة خروجه بالنهار.

مسألة : [عدم وجوب أجر الدار إن حَالَ دون سكناها حائل]

قال : (ولو قَبَضَها، ثم حال بينه وبينها حائل: لم يكن عليه أجر ما كانت كذلك).

وذلك لأن التسليم الذي يُستحق به الأجر قد ارتفع، وقد بيَّنَّا ذلك فيما تقدم.

مسألة : [خيار الرؤية للمستأجر]

قال : (ومَن استأجر داراً لم يرها، ثم رآها: فله فيها خيار الرؤية).

كالشراء، والمعنىٰ فيهما جميعاً جهالةُ المعقود عليه عنده.

مسألة : [يد المستأجر يد أمانة إن لم يتعدّ]

قال : (ولا ضمان علىٰ المستأجِر إن هلكت الدابة عنده مِن غير تعدٍّ).

مِن قِبَل أنه قَبَضَها بإذن المالك، لا علىٰ ضمان البدل عن عينها.

مسألة : [جواز تأجير المستأجِر للدابة إن قبضها]

قال : (ومَن استأجَرَ دابة: لم يجز له أن يؤاجرها قبل القبض).

كما لا يجوز بيع ما لم يُقْبَض، والمعنىٰ فيهما جميعاً: أن مِن شرائط صحة كل واحدٍ منهما صحة التسليم.

وليس هذا كالتصرف في المهر قَبْل القبض، إذ ليس مِن شرائط بقاء العقد وجودُ التسليم؛ لأن العبدَ المهرَ لو هلك قبل القبض، لم يبطل النكاح، وتبطل الإجارة والبيع بالهلاك قبل القبض.

* وإن آجَرَها بعد القبض: جاز، إلا أنه إن كان فيه فَضْلٌ تصدق به؛ لأنه رَبِحَ ما لم يضمن، لأن المنافع لم تحصل في جهاته بالقبض، ألا ترىٰ أنه لو هلك: بطل الأجر في المستقبل.

وأيضاً: هو رِبْحُ ما لم يَملك بنفس العقد؛ لأنها معدومة، والمعدوم لا يملكه أحد.

ولو كان لمَّا قَبَضَها زاد فيها زيادةً من عنده: طاب له الفضل، لأن الربح يصير بإزاء الزيادة.

مسألة: [خيار العيب للمستأجر]

قال: (وإن استأجر داراً، فَحَدَث بها عيب بعد القبض يَضُرُّ بسكناها: فهو بالخيار: إن شاء أمسكها، وإن شاء نقض الإجارة).

لأنه بمنزلة عيب حَدَث بالمبيع قبل القبض؛ لأن قبض الدار لا يجعل المنافع في ضمانه إلا بمقدار ما يُمكن استيفاؤه منها.

ألا ترىٰ أنها لو انهدمت: سقط عنه من الأجر بمقدار ما لم يستوف.

مسألة: [الضرر المجاوِر للفعل المأذون فيه غير مضمون]

قال: (ولا ضمان علىٰ الحجَّام إن هلك المحجوم، وكذلك إذا استؤجر لتبزيغ[1] دابة).

لأن السراية الحادثة ليست من فعله، وهو مأذونٌ له في الحجامة، ولا يضمن السراية.

وليس هذا بمنزلة تخريق الثوب بالدَّقِّ، فيضمنه، من قِبَل أن ذلك مِن جناية يده بالمباشرة في نفس ما استحق عليه البدل، فكان مضموناً عليه.

وحدوث السراية والموت عن الحجامة والتبزيغ ليس من فعله، فلا

---

(١) بزغ الحاجم والبَيْطار الدابة بَزْغاً: شَرَط وشَقَّ، أشعرها بمِبزغه، أي بمِشرطه، كما في تاج العروس (بزغ).

يضمنه، إذ لم تكن الحجامة نفسها مضمونة عليه، إذ هو مأذون فيها.

مسألة : [ضمان الأجير المشترك]

قال : (ولا ضمان علىٰ الأجير المشترك، إلا فيما جَنَت يداه في قول أبي حنيفة).

وذلك لأن قبضه بإذن مالكه علىٰ غير وجه البدل، فصار كالوديعة، والمضاربة، وكالعبد المستأجر في يدي مستأجِره.

والأجر غير مستَحَق علىٰ الرقبة، ولا عن الحفظ، وإنما هو مستَحق بدلاً من المنافع.

والدليل علىٰ أنه لم يستحق الأجر علىٰ الحفظ: أنه لو لم يُعْمِله، ونفىٰ عبدَه زماناً، ثم ردَّه: لم يستحق شيئاً من الأجر للحفظ، فدل علىٰ أن الأجر غير مستحق علىٰ الحفظ، ولا بَدَلاً عن الرقبة؛ لأن الرقبة علىٰ ملك مالكها.

وأيضاً: قد اتفقوا في الأجير الخاص أنه لا يضمن ما يهلك في يده، فكان الأجير المشترك بمثابته، والمعنىٰ الجامع بينهما أن الأجر غير مستحق علىٰ الحفظ في الناس، ولا عن الرقبة، وهو مقبوض بإذن المالك.

وأيضاً: لو كان الشيء مضموناً في يده، لضَمِنَه بالموت كسائر المضمونات من الغصوب ونحوها.

* وقد وافقه أبو يوسف ومحمد أنه لا يضمن بالموت، ولا بالحريق الغالب الذي لا يقدر علىٰ الامتناع منه، ولو كان مضموناً لضمنه في هذه الوجوه.

فإن قيل: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تَرُدَّ»[١]: يوجب ضمانه حتىٰ يخصه دليل.

قيل له: لم يتناول لفظه هذا حالَ الهلاك، وإنما يتناول حال قيامه بعينه؛ لأنه قال: «عليها ردُّ ما أخذت».

* (وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الأجير المشترك مما يمكن التحفظ منه، وما لا يمكن التحفظ منه: لا يضمنه).

وروي عن علي رضي الله عنه روايتان في الأجير المشترك: إحداهما: أنه يضمن[٢]، والأخرىٰ: لا يضمن[٣].

وقيل: إنه يضمن احتياطاً لأموال الناس[٤]، ويحتمل أن يكون الوجه الذي ضمَّن فيه إذا كان الهلاك من خيانة يده.

فصل: [ضمان الأجير المشترك عند الجناية]

وأما ما جنَت يد الأجير المشترك، فإنه يضمنه وإن لم يكن متعدِّياً فيه في قولهم.

وقال زفر: لا يضمن ما جنت يداه إلا أن يخالف، وهو عنده في يده

---

(١) تقدم.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٨/٢١٧، المحلىٰ ٨/٢٠٢، البيهقي ٦/١٢٢.

(٣) الآثار لأبي يوسف ص١٥٨ (٧٢١)، الآثار لمحمد بن الحسن ص١٧٣، المحلىٰ ٨/٢٠٢، البيهقي ٦/١٢٢، قال البيهقي عقب إيراده الأثرين المختلفين السابقين: «قال الشافعي: روي من وجه لا يُثبت أهل الحديث مثلَه» اهـ. وقال البيهقي: حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن علي رضي الله عنه مرسل، وضعَّفه

(٤) كما هو معلل في الأثر المروي عن علي رضي الله عنه في المصادر السابقة.

كالوديعة، لا يضمن إلا بما تُضْمَن به الوديعة من الخلاف.

والحجة لقولهم في ضمان ما جنت يداه وإن لم يخالف: أن الأجير لما كان مستَحِقاً للأجر علىٰ العمل، كان العمل مضموناً، لأن عقود المعاوضات تقتضي الضمان، وإذا كان العمل مضموناً، كان ما حدث عنه مضموناً، لأن ما حدث من المضمون فهو مضمون.

مسألة: [ما للمستأجر أن يأخذه إن ضمن الأجير]

(وإذا وجب الضمان، فالمستأجر بالخيار: إن شاء ضمَّنه غير معمول، ولا أجر له، وإن شاء ضمَّنَه قيمتَه معمولاً، وعليه الأجرة).

وذلك لأن العمل لم يُسلَّم له بعد، لأن الثوب لم يحصل في يده، فله أن لا يجعل العمل مضموناً علىٰ نفسه، فيضمِّنه قيمته غير معمول، وإن شاء جعل العمل مضموناً علىٰ نفسه، لأنه قد حصل في ثوبه بأمره، فيضمِّنه قيمتَه معمولاً، ويعطيه الأجر.

فصل: [عدم ضمان الأجير الخاص إلا إن خالف]

قال: (والأجير الخاص لا ضمان عليه في قولهم جميعاً، والأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر بمضيِّ المدة مع التسليم).

فيصير الشيء في يده كالوديعة.

* (ولا يضمن ما جنت يداه، ما لم يخالف).

لأن عمله غير مضمون، إذ كان الأجر مستَحَقّاً بالتسليم لا بالعمل.

مسألة: [اختلاف الأجير المشترك وصاحب الثوب في ردِّ الثوب]

قال: (وإذا ادعىٰ الأجير المشترك أنه قد ردَّ الثوب علىٰ صاحبه: كان القول قوله في قول أبي حنيفة).

لأنه أمين كالمودَع، وكُلُّ مَن كان مؤتمناً في شيء، فالقول قوله.

والأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾[1]، فوَعَظَه في البَخْس، فدلَّ علىٰ أن القول فيه قوله.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد: لا يُصدَّق).

لأنه مضمون عليه عندهما كالغاصب، لا يُصدَّق فيه علىٰ البراءة من الضمان، وكمَن له علىٰ رجل دَيْن، فلا يصدَّق علىٰ القضاء.

مسألة: [للأجير القائم عملُه في الشيء حَبْس الشيء بالأجر]

قال: (وللحائِك والقصَّار ونحوهما أن يحبسا الثوب بالأجر، وليس للحمَّال والجَمَّال والملاَّح الحبس).

والأصل فيه: أن الأجر مستَحَقٌّ علىٰ العمل متىٰ كان العمل قائماً في الشيء المستأجَر عليه، فله حَبْسه بالأجر، كما يُحبَس المبيع بالثمن.

وعَمَل الحائك قائمٌ في الثوب، وكذلك القصَّار تأثيره قائم في الثوب، فمِن أجل ذلك كان له حَبْسه.

وعمل الحمَّال غير قائم في المحمول، ولا تأثير له باقٍ فيه، فلذلك لم يكن له حَبْسه.

مسألة: [لزوم عقد الإجارة، ولا تنقض إلا بعذر]

قال أبو جعفر: (وليس للمستأجِر ولا للمؤجِر نقض الإجارة إلا من عذر).

---

(١) البقرة: ٢٨٣.

قال أحمد: ومِن السلف من يرىٰ نَقْضَها مِن غير عذر، وأحسبه قول شريح[١].

وإنما لم يكن له نَقْضها من غير عذر، لقول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[٢].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «المُسلمون عندَ شروطهم»[٣].

وقال الله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٤].

فظاهره يقتضي وجوب استحقاق الأجر بالرضاع، سواء اختار الزوج فَسْخَ الإجارة، أو لم يختر.

مسألة: [أعذار تفسخ بها الإجارة]

قال: (ومِن عُذْر المستأجِر: أن يُفلِس، فيقوم من السوق، ومِن عذر المؤجِر: أن يلحقه دَيْنٌ فيحتاج إلىٰ الدار).

والدليل علىٰ أن الإجارة تُنقض بالعذر: أنه لو استأجر رجلاً يقلع ضرساً له لوَجَعٍ أصابه، أو علة، ثم بَرأَ ضِرسُه، أن لا يُجبَر علىٰ قلعه ليستحق الأجر، وكان له فَسْخ الإجارة.

وكذلك لو استأجره لهَدْم داره، ثم بَدَا له في هَدْمها، كان له فسخ

---

(١) لم أهتد لتخريج قوله.

(٢) المائدة: ١.

(٣) تقدم.

(٤) الطلاق: ٦.

الإجارة، فصار ذلك أصلاً في فسخ الإجارة بالأعذار.

ثم تختلف وجوه الأعذار، فتكون تارةً بإفلاس المستأجِر وقيامه من السوق، فيكون ذلك عذراً له في فَسْخها؛ لأنه لا يمكنه القعود في الحانوت، ولا الانتفاع به، فيلحقه ضرر ببقاء الإجارة مِن غير نَفْع، كالذي يستأجر لقلع الضرس: للمستأجِر فَسْخ الإجارة، لِمَا يلحقه من الضرر بقلعه.

وكذلك قالوا في الرجل يكتري جِمالاً ليَخْرج عليها إلىٰ بلد، أو يحمل عليها متاعَه، فله أن يقعد ولا يوجِّه بالأحمال؛ لأن في خروجه تغريراً بنفسه وماله، وذلك غير مستَحق عليه بعقد الإجارة.

* **قال**: (فإذا لحق المؤجِرَ دَيْنٌ: فذلك عذرٌ في فسخ الإجارة).

لأن الدَّيْن يستحق به بيع الرقبة، فهو أَوْلىٰ من المنافع المستَحقة بعقد الإجارة، إذ ليس يستحق بها الرقبة.

مسألة: [بيع المؤجر الدار قبل انتهاء مدة الإجارة]

قال أبو جعفر: (ومن أجَّر داره، ثم باعها قبل انقضاء مدة الإجارة، فإن أبا حنيفة قال: للمستأجِر مَنْعُ المشتري منها، ونَقْضُ البيع عليه فيها، فإن نَقَضَه كان منتقِضاً، ولم يَعُدْ بعد ذلك.

قال: وروىٰ محمد عن أبي حنيفة: أنه ليس للمستأجِر نَقْض البيع، ولكنه إن أجاز البيعَ كان له في ذلك إبطال ما بقي من الإجارة.

قال: وروىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه قال: لا سبيل للمستأجِر إلىٰ نَقْض البيع، والإجارةُ فيها كالعيب، فإن عَلِمَ بها المشتري فقد برىء البيِّع منه، وللمشتري قَبْض الدار بعد انقضاء الإجارة فيها.

وإن لم يعلم بذلك، فهو بالخيار: إن شاء نَقَضَ البيع للعيب، وإن شاء أمضاه).

قال أحمد: وأما الرواية الأولىٰ فلا وجه لها؛ لأن المستأجِر لا حقَّ له في نَقْض البيع، وإنما حقه استيفاء المنافع، وقد يمكنه أن يستوفيَها من غير نَقْض البيع.

ورواية محمد هي الصحيحة[1]، فإن أجاز المستأجِرُ البيعَ، فقد رضي بفَسْخ الإجارة، وإن لم يرض: كان للمشتري أن يفسخ البيع، لتعذُّر التسليم في الحال.

وإن شاء صَبَرَ حتىٰ تنقضيَ مدة الإجارة، فيأخذها، وهذا كرجلٍ اشترىٰ عبداً، فلم يقبضه حتىٰ أَبَقَ، فله أن يفسخ لتعذُّر التسليم.

مسألة: [ضمان الرَّاعي]

قال أبو جعفر: (والرَّاعي فيما تلف منه كالصُنَّاع فيما تلف منهم، علىٰ ما ذكرنا من الاختلاف).

قال أحمد: الراعي قد يكون أجيراً خاصاً، وقد يكون أجيراً مشتركاً، فإن وقعت الإجارة فيه علىٰ نَفْس الرَّجل في المدة، بأن قال: استأجرتُكَ شهراً لرَعْي الغَنَم، فهذا أجير خاص، وليس له أن يرعىٰ لغيره.

فإن قال: اِرْعَ هذا الغَنَمَ شهراً بدرهم، فهو أجير مشترك، وله أن يرعىٰ لغيره، كالرجل يقول لآخر: استأجرتُكَ شهراً لصَبْغ الثياب وخياطتها، فهذا أجير خاص.

---

(١) وهذا هو ظاهر الرواية، كما في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة/ ٣١.

ولو قال: اِصْبغ لي هذه الثياب، وخِطْها لي بدرهم: كان مشتركاً.

ويعتبر ذلك أن يُنظَر إلىٰ المعنىٰ الذي يُستَحق به الأجر ما هو؟ فإن كان إنما يستحقه لتسليم نفسه في المدة إليه: استعمله أو لم يستعمله: فهذا أجير خاص، وإن كان لا يستحق الأجر إلا بالعمل وإن سلَّم نفسَه إليه: فهذا أجير مشترك.

مسألة: [إجارة الحانوت]

قال أبو جعفر: (ومَن استأجر حانوتاً ولم يسمِّ شيئاً: فالإجارة جائزة، ولا يُقْعِدُ فيها حدَّاداً ولا قصَّاراً ولا طحَّاناً).

وإنما جازت الإجارة؛ لأن منافع الحانوت لا تختلف ولا تتفاوت، وهذه الأشياء المضرَّة بالبناء مستثناة من عقد الإجارة بالعُرْف، والمتعارَف كالمنطوق به، وفي عادة الناس أنهم متىٰ أرادوا استئجاراً للقصارة والطحن وعَمَل الحديد بيَّنوه، فصار ذلك مستثنىٰ، وما عدا ذلك من منافع الحانوت فغير مختلَف فيه، فلذلك جازت الإجارة.

مسألة: [إجارة المُشَاع]

قال أبو جعفر: (ولا تجوز إجارة المُشاع إلا من الشريك في قول أبي حنيفة).

قال أحمد: وسواء ذلك فيما يُقْسَم، أو ما لا يقسم، وذلك لأن الانتفاع بالمُشَاع غير ممكن، لاستحالة سكنىٰ نصف دارٍ مُشَاع، واستخدام نصف عبدٍ دون النصف الآخر، فلما امتنع استيفاء المنافع علىٰ المشاع لم يصح عقد الإجارة، إذ كان مِن شرائط عقد الإجارة إمكان التسليم.

فإن قيل: يمكنه استيفاؤها بالمهايأة[١].

قيل له: ليست المهايأة من موجَب عقد الإجارة؛ لأنها لو كانت مِن موجَب العقد، لما خلا عقد الإجارة من إيجاب مهايأة، وإذا لم تكن المهايأة مِن موجَب العقد: لم تجب، وإذا لم تجب: لم يصح العقد، لتعذُّر استيفاء المنافع.

قال أحمد: ولم يختلف أصحابنا في بطلان الرهن المُشَاع فيما يُقسَم، وفيما لا يُقْسَم، وقد بيَّنَّا مسألة الرهن فيما سلف.

وأما هبة المُشَاع فيما لا يقسم، فإنما جازت مِن قِبَل أنه لا ينافي القبض إلا علىٰ هذا الوجه، فسَقَطَ اعتبار الحيازة فيه، وليس شرط صحة الملك وجود الحيازة فيه والقسمة.

ألا ترىٰ أنه قد يصح له ملك المُشَاع بالشراء، والميراث، والوصية ونحوها، فلذلك جازت فيما لا يقسم من المشاع.

وفارقت الإجارة من قِبَل أن الإجارة عقدٌ علىٰ المنافع، ولا سبيل له إلىٰ استيفائها علىٰ المشاع، فلم يختلف حكم ما يُقسم، وما لا يُقسم فيها.

* وأما إذا آجره مِن شريكه: فهو جائز؛ لأنه يصل إلىٰ الانتفاع بها من غير مهايأة.

* (وقال أبو يوسف ومحمد: تجوز الإجارة ويتهايآن فيها).

كمَن استأجر أرضاً أو داراً، ولم يشرط له الشِّرب والطريق: كان له الشِّرب والطريق، إذ لا يصل إلىٰ الانتفاع إلا بهما، فصارا موجَبَيْن بعقد

---

(١) أي بالتراضي.

الإجارة، لتعلُّق صحتها بهما، كذلك المهايأة.

فصل : [موت أحد المالكَيْن للدار المستأجَرة]

(ومَن استأجر داراً مِن رجلين، فمات أحدُهما، فانتقضت الإجارة في حصته: لم تنتقض في حصة الحي).

قال أحمد : لا خلاف بينهم في جواز استئجار دارٍ من رجلين، وإن كان كل واحد منهما أجَّر نصيبه مشاعاً، مِن قِبَل أن العقد وقع صفقة واحدة توجب خروج المنافع مِن ملكهما إلىٰ المستأجِر في حال واحدة، وهو يصل إلىٰ الانتفاع بها مِن غير مهايأة.

وكذلك لو أجَّر رجلٌ مِن رجلين داراً: جاز؛ لأن المنافع خرجت مِن ملكه إليهما في صفقة واحدة، وإنما يحتاجان هما إلىٰ المهايأة فيما بينهما بعد صحة عقد الإجارة، إذ كان عقد الإجارة يتناول منافع غير مشاعة.

ألا ترىٰ أنه يجوز بيع عبدَيْن، أو إجارة دارَيْن صفقة واحدة وإن لم يُسمَّ لكل واحد شيء، وإن كان لو أفرد كل واحد منهما، فعَقَدَ عليه بالحصة: لم يصح العقد، ثم جاز إذا وقع العقد صفقة واحدة.

وإذا صح ما قلنا، ثم مات أحد المؤجِرَيْن: لم تنتقض الإجارة في نصيب الآخر، وإن لم يصحَّ ابتداءً عقد إجارة علىٰ مشاع لغير الشريك في قول أبي حنيفة.

وذلك لأن الإجارة قد صحت بَدْءاً، وصح تسليم الدار إليهما، فلم ينتقض العقد في نصيبه، لأجل انتقاضه في نصيب الميت.

ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ عبدَيْن بألف درهم، ثم مات أحدُهما قَبل القبض: لم ينتقض البيع في الباقي وإن نفىٰ حصته من الثمن، وهو مجهول، ومع ذلك لا يصح ابتداء العقد علىٰ الصحة.

مسألة : [زمن استحقاق أجر حَمَّال المَتاع]

قال أبو جعفر : (ومَن استأجر رجلاً علىٰ أن يحمل له شيئاً مسافة معلومة، فحَمَله، ثم طالَبَه بأجر ما حَمَله من المسافة التي استأجره علىٰ حَمْله إليها: فليس عليه أن يعطيَه شيئاً مِن الأجرة حتىٰ يستوفيَ منه الحُمُولة كلها).

قال أحمد : هذا خلاف قولهم؛ لأن المشهور مِن قولهم[1] أنه يستحق الأجرة بمقدار ما سار.

وإن هلكت الحُمُولة بعد الحَمْل مِن غير عمل الأجير: كان له الأجر كاملاً في قول أبي حنيفة، ولا ضمان عليه.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: يضمِّنه قيمتَه في الموضع الذي ضاعت فيه، ويعطيه الأجر، لأنهما يريان ضمان الأجير المشترك.

وهو قولهم في سائر ما ليس للأجير حَبْسه، وهو المَلاَّح، والجَمَّال، والحَمَّال، وكل مَن لم يكن لعمله أثرٌ قائم في المعمول.

وإنما يكون للمستأجر أن يُسْقِط الأجر عن نفسه: إذا هلك من عمل الأجير في بعض الطريق، نحو أن ينكسر المحمول من حِمله، أو تَغْرَق السفينة مِن مَدِّه[2]، أو ما جرىٰ مجرىٰ ذلك مما يوجب الضمان، فيكون للمستأجر الخيار: أن يضمِّنه إن شاء قيمتَه في الموضع الذي حَمَله منه، ولا أجر له، وإن شاء ضمَّنه قيمتَه في الموضع الذي تلف فيه مِن عَمِلِه،

---

(١) وهو ظاهر الرواية، كما في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة/ ٣٢.

(٢) مدَّ البحر مدّاً: زاد، ومدَّه غيره مدّاً: زاده. كما في المصباح المنير (مد)، والمراد الزيادة في سرعة السفينة، حتىٰ أدّت بها إلىٰ الغرق، والله أعلم.

ويعطيه الأجر بحسابه.

والجواب الذي ذكره أبو جعفر إنما هو في القصَّار، والصَّبَّاغ، والخَيَّاط، ونحوهم ممَّن يكون لعملهم تأثير قائم في المعمول، فيكون للأجير حَبْسه بالأجر، ولا يستحق شيئاً من الأجر حتىٰ يسلِّم العمل.

فإن هَلَكَ قَبْل أن يسلمه مِن غير عمله: لم يضمن في قول أبي حنيفة، ولا أجر له؛ لأن العمل كان محبوساً بالأجر، كالمبيع محبوس في يد بيِّعه بالثمن، إذا هَلَكَ: هَلَكَ بالثمن.

* وفي قول أبي يوسف ومحمد: يضمن، فإن ضمَّنه معمولاً: استحق الأجر، وإن ضمَّنه غير معمول: لم يستحق.

مسألة: [زمن استحقاق أجر مَن حَمَل علىٰ ظَهْره]

قال أبو جعفر: (ولو كانت الإجارة علىٰ حَمْل الرجل بنفسه: استحق الأجر بمقدار ما سار).

قال أحمد: لا فرق بين هذا الوجه، وبين الإجارة علىٰ حَمل الرجل، وحَمْل المتاع، في أنه يستحق الأجر بحساب ما سار، وإنما يختلفان مِن جهة أخرىٰ، وهي أن الدابة لو وَقَعَتْ، فَعَطِبَ الرجل مِن سَوْق الأجير مِن غير تعدٍّ: لم يضمن الأجير شيئاً، ولو كان بدلَ الرجل متاعٌ محمول، فعطب مِن سَوْقِه: ضمنه.

وإنما يفترق حكم الإجارة علىٰ حمْل الرجل، وعلىٰ حَمل المتاع من هذا لوجه الذي ذكرنا، لا من الوجه الذي ذكره أبو جعفر.

وكذلك سبيل بني آدم كلهم، أحرارهم وعبيدهم، لا يضمن الأجير منهم مَن عطب مِن سَوْقه الدابة إذا لم يكن منه تعدٍّ، وإنما يختلف حكم بني آدم، والأمتعة مِن هذا الوجه، مِن قِبَل أنه لو ضمن ابنُ آدم بما تولَّد

مِن فعله من هذا الوجه، كان ضمانه ضمان الجنايات، وكان يجب أن يكون علىٰ العاقلة، وضمان الجنايات لا يُستحق بالعقود.

وهذا الضرب من الضمان متعلِّق بالعقد، ألا ترىٰ أنه لو أمر رجلاً بسَوْق دابته، وعليها متاع مِن غير أجرٍ شُرِط، فساقها فعطبت الدابة، وهلك المتاع: أنه لا ضمان علىٰ السائق؛ لأن فِعله غير مضمون عليه، إذ كان بإذن مالك الدابة، ولم يستحق عليه أجر.

وكذلك لو أمَرَ راكبُ الدابة رجلاً بسَوْق دابته، وليس بأجير، فساقها فعطبت، وعطب الرجل: لم يضمن السائقُ شيئاً؛ لأنه ساقها بإذنه، فلو ضمَّنَّاه في مسألة الإجارة، لتعلَّق ضمانه بالعقد، وضمان الجنايات لا يُستحق بالعقود.

وأما المتاع فإنه مما يصح ضمانه بالعقود، ألا ترىٰ أن المبيع بيعاً فاسداً: يكون في ضمان المشتري بالقبض عن العقد.

وكذلك الرهن في يدي المرتهن، والمقبوض علىٰ وجه السَّوْم، فيصير المبيع مضموناً علىٰ البيِّع بالعقد إلىٰ أن يسلِّمه إلىٰ المشتري، فلذلك اختلفا فيما ذكرنا.

* وهذا الذي ذكرنا من جواب هذه المسائل قول أصحابنا علىٰ ما وصفنا، قد ذكره محمد في مواضع من الكتب، والذي ذكره أبو جعفر قد روي نحوه عن أبي يوسف في الإملاء، وفي الجوامع[1]، والمشهور

---

(١) الجوامع: كتاب للإمام أبي يوسف، من رواية بشر بن الوليد الكندي، صاحب أبي يوسف، المتوفىٰ سنة ٢٣٨هـ عن سبع وتسعين سنة، كما في كشف الظنون ١/٦٠٩، وحسن التقاضي للكوثري ص٣٣.

عنهم ما ذكرناه.

* وقد قال في الأصل: إذا استأجر حمالاً يحمل له شيئاً من السُّوقِ إلىٰ أهله: لم يعطه الأجر حتىٰ تبلغ الحُمولة إلىٰ أهله.

وليس هذا بمخالِف لما قلنا، مِن قِبَل أن هذا القدر من المسافة لا يمكن أن يقال فيها: أعطه الأجر بحساب ما سار، إذ ليس يكاد يُضْبَط ذلك.

وهذا كما قالوا في الدار أنه يستحق أجر يوم بيوم، لا علىٰ معنىٰ أنه لا يستحق الأجر في بعض اليوم، فلا يطالب به، ولكنهم ذكروا ذلك للقدر، استيفاءً أجرَ كلِّ جزءٍ من الوقت، فكما قدَّروا فرض نفقة المرأة شهراً بشهر.

وأيضاً: يجوز أن يكون قال ذلك في الحَمَّال يحمل الشيء من السوق إلىٰ أهله، أنه لا يعطيه الأجر حتىٰ يبلغ إلىٰ أهله، لجريان العادة بمثله في الحَمَّال، فصار ذلك كالنطق به.

وكما أنه لو أمره بالحمل، ولم يشرط له أجراً: استحق الأجر، لجريان العادة به، فصار كالمنطوق به.

مسألة : [زمن استحقاق أجر حَفَّار البئر]

قال أبو جعفر : (ومَن استأجر رجلاً علىٰ حَفْر بئر في مكان أراه إياه، ووَصَفَ له سَعَتَها، وعُمْقَها، بأجرة معلومة، فَحَفَرَ له بعضَها، ثم طالَبَه بأجرة ما حَفَرَ: لم يكن عليه أن يدفع شيئاً مِن أجرتها حتىٰ يفرغ له منها).

قال أحمد : هذا علىٰ وجهين: إذا كانت في ملكه استحق الأجرة بمقدار ما حَفَرَ؛ لأنها لو انهارت بعد ما حفر: لم يسقط عنه أجر ما حفر،

لأنه مسلِّم لكل جزء من العمل بعمله، إذ كانت في ملك المستأجِر، وفي يده.

فإن كانت البئر ليست في ملك المستأجِر، ولا في يده: فإنه ينبغي أن لا يستحق الأجر حتىٰ يفرغ منه، سواء أراه الموضع الذي يحفرها فيه بعينه، أو لم يُرِه.

ألا ترىٰ أنها لو انهارت بعد ما حفر بعضَها، أو جميعَها: لم يستحق شيئاً من الأجر.

وهذا الذي ذكرنا في التسوية مِن أن يُرِيَه الموضع، أو لا يُرِيَه: أنه لا يستحق الأجر إذا انهارت قبل التسليم رواية هشام عن محمد.

ورویٰ الحسن بن زياد[1] عن أبي حنيفة: أنه إن أراه الموضِعَ، فهو بمنزلة ما في يده، ويحصل الحفر في ضمانه، وإن لم يُرِه: لم يكن في ضمانه حتىٰ يسلمه.

فينبغي في الموضع الذي يصير الحفر من ضمانه: أن يستحق الأجر بقدر الحفر، وفي الموضع الذي لا يصير الحفر في ضمانه: ينبغي أن لا يستحق الأجر[2] حتىٰ يحفر الجميع.

* * * * *

(١) اللؤلؤي الكوفي، صاحب أبي حنيفة، كان يقظاً فَطِناً فقيهاً نبيهاً، حافظاً للروايات عن أبي حنيفة، المتوفىٰ سنة ٢٠٤هـ، له ترجمة في الفوائد البهية ص٦٠، وللعلامة الكوثري رحمه الله: «الإمتاع بسيرة الإمامين الحسن بن زياد وصاحبه محمد بن شجاع رحمهما الله».

(٢) في الأصل: (ينبغي أن يكون له أن لا يقبله حتىٰ يحفر الجميع).



كتاب المُزَارَعَة

مسألة : [جواز استئجار الأرض للزرع بما تُستأجر به الدور]

قال أبو جعفر : (وما جاز أن تُسْتأجر به الدور وغيرها من دراهم أو دنانير أو مكيل أو غيره: جاز استئجار الأرض به للزَّرْع).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن استأجر أجيراً فليُعلمه أجره»(١).

يقتضي عمومُه جواز الإجارة بأجر معلومٍ في الأرضين وغيرها.

ويدل عليه أيضاً: قوله عليه الصلاة والسلام: «أعطِ الأجير أجرَه قبل أن يجِفَّ عَرَقُه»(٢).

وقال سعد بن أبي وقاص: «كُنَّا نُكْرِي الأرضَ علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بما علىٰ السَّواقي من الزرع، وبما صَعِد بالماء عنها، فنهىٰ رسول الله عن ذلك، ورخَّص لنا أن نكريَها بالذهب والوَرِق»(٣).

وإذا جازت إجارتها بالذهب والوَرِق: جازت بسائر الأشياء المعلومة؛

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

لأن أحداً لم يفرِّق بينهما، وخُصَّ الذهب والوَرِق بالذكر مِن بين سائر ما تُستَأجر به الأرضون؛ لأنهما أثمان المبيعات، وما يجري عليه التعامل من الأموال.

قال أحمد: وكلُّ ما جاز أن يكون ثمناً في البيع: جاز أن يكون أجرة في الإجارات، وما لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع لأجل جهالته: لم يجز أن يكون أجرة؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم حين قال: «مَن استأجر أجيراً، فليُعلمه أجرة»[١].

نفىٰ به الجهالة عنها، كما نفىٰ الجهالة عن المبيعات وأثمانها بقوله: «مَن أسلم فليُسلم في كيلٍ معلوم، ووزنٍ معلوم، إلىٰ أجلٍ معلوم»[٢].

مسألة: [مدة استئجار الأرض للزرع]

قال أبو جعفر: (ولابأس باستئجار الأرض للزرع إلىٰ طويل المدة وقصيرها بعد أن يكون معلوماً).

وذلك لحديث سعد الذي قدَّمناه: «ورخَّص لنا أن نُكْرِيَها بالذهب والوَرِق»: ولم يفرِّق فيه بين الطويل المدة والقصيرها.

وكما جازت إجارة سائر العقار بطويل المدة وقصيرها.

مسألة: [جواز استئجار الأرض للزرع إن أمكن تسليم منافعها]

قال أبو جعفر: (ولا بأس باستئجارها للزرع قبل رِيِّها بعد أن تكون

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

معتادة الرِّيِّ في مثل المدة التي تُعقد الإجارة عليها فيها).

قال أحمد : إذا كانت مما يمكن تسليمها للمنافع: جاز عقد الإجارة عليها، كالمبيعات إذا أمكن تسليمها: جاز عقد البيع عليها.

مسألة : [الأجر مستَحق للمنافع]

قال أبو جعفر : (فإن لم يأتها الماء التي تُزْرَع به: لم تجب عليه فيها أجرة).

وذلك لأن الأجر مستحق للمنافع، والمنافع متعذِّرة مع انقطاع الماء: فلم يصح التسليم، كما لو غَصَبَها غاصب ومَنَعَه الزراعة: لم تلزمه أجرة.

مسألة : [لو لم يكف الماء في الأرض لكل الزرع]

قال أبو جعفر : (فإن كان إنما جاء من الماء ما يُزرع به بعضُ الأرض: فالمستأجِر بالخيار: إن شاء نقض الإجارة، وإن شاء زَرَعَ ما أمكنه منها، وأعطاه الأجر بحساب ما زرع).

قال أحمد : وإنما كان له الخيار لتفرُّق الصفقة عليه؛ لأنه قد استحق تسليمَ الجميع إليه جملة، فإذا تفرَّقت عليه الصفقة: كان له الخيار في فسخ الإجارة، كرجلٍ اشترىٰ عبدَيْن، فمات أحدُهما قبل القبض.

وإن زَرَعَ: كان له الأجر بحسابه، كالعبَدْين إذا مات أحدهما قبل القبض: يأخذ الباقي بحصته من الثمن.

مسألة : [المزارعة علىٰ جزءٍ مما تُخْرِج الأرض]

قال أبو جعفر : (ولابأس بالمزارعة علىٰ جزءٍ من أجزاء ما يَخرج مِن الأرض في قول أبي يوسف ومحمد، ولا يجوز ذلك في

قول أبي حنيفة[(١)].

قال أحمد : مخالفو أبي حنيفة في ذلك فريقان:

أحدُهما: أبو يوسف ومحمد، وهما يجيزان المزارعة والمساقاة جميعاً.

والآخر: مالكٌ[(٢)] والشافعيُّ[(٣)]، وهما يجيزان المساقاة والمزارعة في الزرع الذي يكون بين النخل، ولا يجيزان المزارعة في أرضٍ بيضاء ليس فيها نخل.

وأما حجة أبي حنيفة في إبطال المساقاة، فقد تقدَّمت جملةٌ مِن القول فيها، ونحن نذكر هاهنا ما يدل علىٰ صحة قول أبي حنيفة في إبطال المزارعة، وينتظم بعض ما نذكره إبطالَ المساقاة أيضاً.

فأما ما ينتظم الأمرَيْن جميعاً بالإفساد: فهو قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن استأجر أجيراً، فليُعلمه أجره»[(٤)]، والعامل في النخل والزراعة أجيرٌ، بدلالة اتفاق الجميع من مجيزيها أنها لا تصح إلا بوقتٍ معلوم.

---

(١) والمفتىٰ به هو قول الصاحبين لحاجة الناس ، كما في الهداية ٥٤/٤، وتبيين الحقائق ٢٧٩/٥، ونقل هذا أيضاً عن كثيرين العلامة قاسم في تصحيح القدوري، كما في اللباب للميداني ٢٢٩/٢.

(٢) الموطأ ٧٠٧/٢، المنتقىٰ للباجي ١٣٢/٥، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٥٤٢/٣.

(٣) الأم ١١/٤، شرح المحلي علىٰ المنهاج ٦١/٣.

(٤) تقدم.

ولا خلاف أن الإجارة لا تصح بما تُخرجه هذه النخلة، لنخلةٍ لم يُشرط عليه عملها.

وكذلك إذا شرط له نصف ثمرة النخل الذي شُرِط عليه عمله.

وهذا الخبر ينتظم إفساد المزارعة والمعاملة[١] جميعاً بجهالة الأجر فيهما.

* ومن الألفاظ التي تنتظم إفسادهما جميعاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم لرافع بن خَدِيج في الأرض: «لا تستأجِرْها بشيء منها»[٢].

والثمرة في الأرض، كما أن الحَبَّ من الأرض، فمِن حيث دلَّ علىٰ فساد المزارعة، دلَّ أيضاً علىٰ فساد المساقاة.

* ومما يدل علىٰ فسادهما جميعاً: حديثُ ابنِ جُرَيج عن عطاء وأبي الزبير عن جابر «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم نهىٰ عن المخابرة»[٣].

وقال ابن خُثَيْم عن أبي الزبير عن جابر قال سمعتُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول: «مَنْ لم يَذَر المخابرة فليأذن بحربٍ من الله ورسوله»[٤].

وروىٰ جعفر بن بُرْقَان عن ثابت بن الحجَّاج عن زيد بن ثابت قال: «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن المخابرة».

---

(١) أي المساقاة.

(٢) تقدم.

(٣) صحيح البخاري ٥/٥٠، صحيح مسلم ٣/١١٧٤، ومن حديث زيد بن ثابت أخرجه أبو داود في سننه ٣/٦٩٥.

(٤) سنن أبي داود ٣/٦٩٥، وسكت عنه، وكذلك المنذري في المختصر ٥/٦٦.

والمخابرة اسمٌ يتناول المساقاة والمزارعة جميعاً.

ذكر أبو عبيد[١] أن المخابرة عند العرب هي المزارعة بالنصف والثلث. قال: والمخابرة هي المؤاكرة أيضاً، ولذلك سُمِّي الأَكَّار أَكَّاراً؛ لأنه يؤاكر الأرض[٢].

قال أحمد : والمؤاكرة تتناول النخل والزرع جميعاً، فيشتمل عليهما لفظ النهي.

وذكر القتيبي[٣] عن ابن الأعرابي[٤]: أن المخابرة اسمها مشتقٌّ مِن أَمْر

---

(١) هو الإمام الحافظ المجتهد اللغوي ذو الفنون، القاسم بن سلام، الهروي البغدادي، صاحب التصانيف المونقة، كالأموال، وغريب الحديث، والغريب المصنف، وغيرها، ولد سنة ١٥١هـ، وتوفي سنة ٢٢٤هـ، له ترجمة حافلة في سير أعلام النبلاء ١٠/٤٩٠.

وقد أفردتُ له ترجمة موسعة طبعت في سلسلة أعلام المسلمين، برقم (٣٥)، دار القلم، دمشق، ط١/١٤١١، في ٢٤٤ صفحة، حيث كانت رسالتي في مرحلة الماجستير بعنوان: «فقه الإمام أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه: غريب الحديث مقارناً مع المذاهب الأربعة».

(٢) كما في غريب الحديث ١/٢٣٢، والأكَّار: هو الحرَّاث والزرَّاع، كما في تاج العروس (أكر).

(٣) هو العلامة الكبير ذو الفنون عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، له مصنفات كثيرة منها: غريب الحديث، وأدب الكاتب، والمعارف، وغيرها، توفي سنة ٢٧٦هـ، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ١٣/٢٩٦.

(٤) هو إمام اللغة محمد بن زياد بن الأعرابي، انتهىٰ إليه علم اللغة والحفظ، وكان صاحب سنة واتباع، ولد في الكوفة سنة ١٥٠هـ، وتوفي بسامرا سنة ٢٣١هـ، =

خَيْبَر، قال ابن الأعرابي: ثم صارت بعد ذلك لغة، فقيل للأَكَّارِ العامِلِ: خبير[١].

قال أحمد: ومعلوم أن عُظْم ما عَقَدَ النبي صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ أهل خيبر العمل فيه: كان النخل، فدلَّ أن المخابرة اسم يتناول المساقاة، فوجب أن تبطل بعموم نهيه عن المخابرة.

فإن قيل: لم نرهم يشتقون من المواضع اسماً للأفعال، ولا يجوز أن يكون اسم المخابرة مشتقٌّ مِن خيبر.

قيل له: قد أجاز ذلك ابنُ الأعرابي، وهو مقبول القول في اللغة.

وأيضاً: قد وجدناهم يقولون: بَدَا الرجلُ: إذا صار إلىٰ البَدْو[٢].

وقال الله تعالىٰ: ﴿سَوَآءً ٱلْعَـٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾[٣].

ويقولون: أعرق الرجل: إذا أَتَىٰ العراقَ[٤]، وأَنْجَدَ: إذا أتىٰ نجداً[٥]، وأَتْهَمَ: إذا أتىٰ تهامةَ[٦]، وذلك مشهورٌ في لغتهم، فليس يمتنع أن يُسَمُّوا المساقاةَ مخابرةً، اشتقاقاً لها مِن قصة خيبر.

له ترجمة في سير أعلام النبلاء ١٠/٦٨٨.

(١) كما في غريب الحديث لابن قتيبة ١/١٩٦.

(٢) كما في القاموس المحيط (بدو).

(٣) الحج: ٢٥.

(٤) لسان العرب (عرق).

(٥) الصحاح للجوهري (نجد).

(٦) الصحاح (تهم).

* وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أخباراً أُخَر تَخْتَص بإفساد المزارعة، وهي ما رواه رافع بن خَدِيج، وثابت بن الضَحَّاك، وجابر بن عبد الله «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم نهىٰ عن المزارعة بالثلث والرُّبع»[(١)].

تركتُ ذكرَ أسانيدها كراهةَ الإطالة، ولأنها أخبار مشهورة.

وقال محمد بن المُنْكدِر عن جابر «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن كِراء الأرض إلا بذهب أو فضة»[(٢)].

وقال أبو عُبَيْدة بن محمد بن عمار بن ياسر سمعت جابرَ بن عبد الله يقول: «حَرَّم رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم كِراء المَزَارِع»[(٣)].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا حسين بن إسحاق قال: حدثنا عَمْرو بن يحيىٰ الأَسْواري قال: حدثنا مَخْلَد بن يزيد عن بُكَيْر بن عامر عن عبد الرحمن بن أبي نُعْم عن رافع بن خَدِيج قال: «مَرَّ بي رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم وأنا أزرع من البُقُول، فقال: ما هذا؟ فقلت: بَذْرِي، ومالِيَ إلا الشَّطْر، ولآلِ فلانٍ الشَّطْر، قال: أَرْبَيْتَ، رُدَّ الأرض إلىٰ أهلها»[(٤)].

---

(١) رواه مسلم بلفظ: «نهىٰ عن المزارعة» ٣/١١٨٤، وهو عند عبد الرزاق في المصنف ٨/٩٦ من حديث رافع بن خديج نهىٰ عن الثلث والربع.

(٢) تقدم.

(٣) صحيح مسلم ٣/١١٨٠.

(٤) سنن أبي داود ٣/٦٩٢ ، سنن البيهقي ٦/١٣٣، وقد سكت عنه أبو داود، وقال المنذري في مختصر سنن أبي داود ٥/٦٣: «في إسناده بكير بن عامر البجلي الكوفي، وقد تكلم فيه غير واحد». اهـ، قال الذهبي في المغني في الضعفاء ١/١٨٠

=

فدلَّ هذا الخبر علىٰ فساد المزارعة من وجهين:

أحدهما: نهيه عليه الصلاة والسلام عنها.

والثاني، أنه سمَّاها: ربًا، فوجب تحريمُها بقوله تعالىٰ: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1].

* وهذه الأخبار الموجبَة للنهي عن المزارعة، تقضي بفساد قول مَنْ أجازها في الأرض البَيْضاء[2]، وبفساد قول مَنْ أجازها في الزرع بين النخل، إذ لم تفرِّق هذه الآثار بين شيءٍ منها.

فإن قال قائل: الذي تناوله النهي من المزارعة في هذه الأخبار، ما بُيِّنَ في أخبارٍ أُخَر، وهو ما روي عن رافع بن خَدِيج أنه قال: «كنا نزارع بالثلث والربع، وما نَبَت علىٰ السواقي، فنهانا رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن ذلك»[3].

وقال في خَبَرٍ آخر: «ونشترط علىٰ الأَكَرَة[4] ما سقىٰ الماذِيَانُ[5]، والرَّبِيع[6]،

---

(٩٩٦): «قال النسائي: ليس بثقة، وقواه ابن عدي». اهـ، واختار ابن حجر في التقريب ص١٢٨ (٧٥٩) أنه ضعيف.

(١) البقرة: ٢٧٦.

(٢) الأرض البيضاء: الخراب من الأرض، لأنه لا غرس فيها ولا زرع. النهاية لابن الأثير ١/١٧٢.

(٣) صحيح مسلم ٣/١١٨١ بلفظٍ قريب.

(٤) جمع: أكَّار، وهو الحرَّاث، كما في القاموس المحيط (أكر).

(٥) الماذيان: هو النهر الكبير، وليست بعربية، النهاية ٤/٣١٣.

(٦) الربيع: هو النهر الصغير، النهاية ٢/١٨٨.

وما سَقَت الجَدَاول[١]، وكذا وكذا، يعني سواقيهم قَبلَكُم[٢]، فربما هلك هذا، وسَلِمَ هذا، فسألنا رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم عن ذلك فنهانا عنه»[٣].

«وإن ابنَ عباس ذُكِرَ له حديثُ رافعِ بن خَدِيج عن النبي عليه الصلاة والسلام في النهي عن المزارعة فقال: إن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم لم ينهه عنها، ولكنه قال:

«يَمْنَحُ أحدُكم أرضَه، خيرٌ له مِنْ أنْ يأخذ عليه خَراجاً معلوماً»[٤].

وقال زيد بن ثابت: أنا والله أعلم بالحديث مِن رافع بن خديج: «إنما أتىٰ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم رجلان قد اقْتَتَلا، فقال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: إن كان هذا شأنكم، فلا تُكْرُوا المزارع، فسمع رافع: لا تُكْروا المزارع»[٥].

فثَبَّتَتْ هذه الأخبارُ جهةَ النهي، وإنما تناولتْها في حال إذا شُرِطَ لأحدهما زَرْعُ موضعٍ بعينه، وفي حالٍ تناولَتْها علىٰ جهة النَّدْب دون الإيجاب.

قيل له: ليس في شيءٍ من هذه الأخبار ما يعترض علىٰ عموم الأخبار

(١) الجدول: هو النهر الصغير، النهاية ١/٢٤٨.

(٢) أي ما استقبل من السواقي، كما في النهاية ٤/٩.

(٣) صحيح مسلم ٣/١١٨٣.

(٤) صحيح البخاري ٥/١٤، صحيح مسلم ٣/١١٨٤.

(٥) سنن أبي داود ٣/٦٨٣-٦٨٤، سنن النسائي ٧/٥٠، سنن ابن ماجه ٢/٨٢٢، قال الزيلعي في نصب الراية ٤/١٨١: هذا حديث حسن.

الواردة في النهي مطلقة، وذلك لأن نهيَه عن المزارعة إذا شُرِطَ لأحدهما زَرْعُ موضعٍ بعينه، لا ينفي عمومَ نهيه عن المزارعة في هذا الضرب منها، وفي غيره.

وهذا كما روي عن ابن عباس «أن الذي نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن بيعه قَبْل قبضه، إنما هو الطعام.

وقال ابن عباس: ما أرىٰ كلَّ شيء إلا مثله»[1].

ثم لم يمنع استعمال عموم الألفاظ الواردة في النهي عن بيع ما لم يُقْبَض؛ لأن الخبرَيْن جميعاً إنما وَرَدَا في النهي عن البيع قبل القبض، إلا أن أحدَهما أخصُّ مِن الآخر فيما تناوله، فلا يوجِب ذلك تخصيصاً، فكذلك قلنا في نهيه عن المزارعة أنه علىٰ العموم.

* وتَبْطل أيضاً المزارعة إذا شُرِطَ الرَّبِيع والماذِيَان بالخبر الآخر، وبعموم نهيه عن المزارعة.

* وأما قول ابن عباس أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم ينه عنها: فلا يقضي علىٰ رواية مَن روىٰ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم النهي عنها.

ولا يجوز لنا إبطال ما ثَبَتَ عن النبي بقولٍ عن غيره.

* وأما قول زيد بن ثابت: أن ذلك كان في رَجلَيْن اقتَتَلا، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: إن كان هذا شأنكم، فلا تُكروا المزارع: فإن هذا لا يدل علىٰ الجواز، ولا يوجب تخصيصَ أخبارِ النهي المطلَق؛ لأن أكثر ما

(١) صحيح البخاري ٣٤٩/٤، صحيح مسلم ١١٥٩/٣.

فيه: أنه نهىٰ عنها إذا كانت الحال ما ذُكِرَ من الخصومة والقتال، ولا ينفي ذلك نهيه عنهما علىٰ الإطلاق بالأخبار الأُخَر.

فإن قال قائل: قَدْ دَفَعَ النبي صلىٰ الله عليه وسلم خَيْبَر إلىٰ اليهود بشَطْر ما يَخرج مِن ثمرة أو زرع، وقد نقل الناس نقلاً متواتراً عنه يوجب العلمَ والعمل، فهو أَوْلىٰ من الأخبار التي رويتَها في النهي عن المزارعة والمخابرة، إذ كانت مِن أخبار الآحاد.

ولأن شَرْط النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وعَهْدَه معهم علىٰ ذلك، كان قائماً إلىٰ أن أجلاهم عمر بن الخطاب، وما كان هذا شرطُه: فلا يجوز الاعتراض عليه بأخبار الآحاد، مع ثبوته عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بالتواتر، واتفاق السلف(١) علىٰ ثبوت حكمه أيام أبي بكر رضي الله عنه، وبعض أيام عمر رضي الله عنه.

[الجواب عن الاستدلال بقصة خيبر علىٰ جواز المزارعة:]

قيل له: لا يجوز أن يكون أَمْر خَيْبر أصلاً لما اختلفنا فيه من المزارعة بين المسلِمين، وذلك لأن أهل خيبر كانوا فَيْئاً؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم ظَهَرَ عليهم عَنوة، وقَسَم أموالهم، ثم عاقَدَهم النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ العمل في النخل والزرع بنصف الخارج، فلم يَخْلُ ذلك من أحد وجهين:

إما أن يكون بقَّاهم علىٰ حكم الفيء، فكانوا عبيداً للمسلمين، أو يكون جَعَلَهم ذمة، وأقرَّهم علىٰ الأرضين.

فإن كانوا مُبقين علىٰ حكم الفيء: فهم بمنزلة العبيد، ويجوز لمَولاهم

---

(١) المغني ٥/٥٨٦.

أن يعطيهم أرضاً، ويَشْرِطَ لهم نصفَ الخارج، كما يجوز أن يجبرهم علىٰ العمل، ويعطيَهم مقدار النفقة من الخارج.

وإن كان جعلهم ذمة: فالمأخوذ منهم مِن نصف الخارج كان علىٰ وجه الجزية.

وهذا أيضاً يجوز عندنا في كِلا الوجهين اللذَيْن يحتملان قصة خيبر، نحن نقول بهما، وذلك معدومٌ فيما بين المسلمين في العقود التي سبيلها نفي الجهالات عنها.

ألا ترىٰ «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم وَضَعَ علىٰ أهل نجران مؤنة رُسُلِه عشرين يوماً، وجعل عليهم عاريَّة ثلاثين درعاً، وثلاثين فَرَساً، وثلاثين بعيراً، إذ كانت تجوز بالثمن، مع ما شَرَط عليهم من الحُلَل»[١].

وجميع ذلك جزية، ومثله لا يجوز في عقود المسلمين فيما بينهم.

* ومما يدل علىٰ أن ما شُرِطَ من نصف الثمر، ومن الزرع، كان علىٰ وجه الجزية: أنه لم يُرْوَ في شيءٍ من الأخبار أن النبي عليه الصلاة والسلام أَخَذَ منهم الجزية إلىٰ أن مات، ولا أبو بكر، ولا عمر رضي الله عنهما، إلىٰ أن أجلاهم، فلو لم يكن ذلك جزية، لأَخَذَ منهم الجزية حين نزلت آية الجزية.

---

(١) سنن أبي داود ٣/٤٣٠، قال المنذري في المختصر ٤/٢٥١: في سماع السدي من ابن عباس نظر، الأموال لأبي عبيد ص١٨٢، وقد توسع في تخريجه الدكتور عبد الصمد بكر عابد في تخريج أحاديث الأموال (رسالة دكتوراه) ٢/٦٦٦.

ويدل علىٰ أن أمرَ خيبر ليس بأصل فيما اختلفنا فيه: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا عبد الله بن موسىٰ بن هلال قال: حدثنا محمد بن إسحاق المسيَّبي قال: حدثنا محمد بن فُلَيْح عن موسىٰ بن عقبة عن نافع عن عبد الله بن عمر قال:

«لما فُتِحَت خيبر، سأل يهودٌ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم أن يَعملوا علىٰ نصف ما خَرَجَ منها من الثمر، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أقِرُّوهم فيها علىٰ ذلك ما شئنا، فكانوا فيها كذلك حتىٰ أَخْرَجهم عمر»[1].

وفي أخبار أُخَر: «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لليهود: أُقِرُّكُم ما أَقَرَّكُمُ الله»[2].

ولا خلاف بين أهل العلم[3] أن المساقاة والمزارعة إذا لم يكن لهما وقت معلوم: لم تجز واحدة منهما، وأنهما لا تجوزان علىٰ الشرط الذي ذُكِرَ في أمر خيبر من قوله: «أقِرُّكم فيها ما شئنا»، «وأُقِرُّكم فيها ما أَقَرَّكم الله».

فدل أنه ليس بأصلٍ لما اختلفنا فيه، إذ كانت المزارعة والمساقاة عند مجيزهما ضرباً من الإجارة لا تجوزان إلا مؤقَّتَتَيْن بوقت معلوم.

فإن قال قائل: لو كان النبي صلىٰ الله عليه وسلم أقرَّهم علىٰ أملاكهم، وأَخَذَ منهم نصفَ الثمار علىٰ جهة الجزية، لما جاز إخراجهم

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) قال في المغني ٥/٥٦٩: وهو قول أكثر الفقهاء.

عنها، فقد أجلاهم عمر.

قيل له: لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أَقَرَّهم عليها علىٰ شرط، وهو قوله: «أُقِرُّكم فيها ما شئنا»، وقد يجوز عندنا مثل ذلك فيمَن نُقِرُّ له، ونَمُنُّ عليه مِن أهل الذمة إذا شرَطْنا عليهم مثلَ هذا الشرط.

* ويقال لمَن أجاز المزارعة في الأرض التي بين النخل، ولم يُجزْها في الأرض البيضاء التي ليس فيها نخل، لمَ قلتَ ذلك المعنىٰ الموجِب للفَرْق بينهما؟

فإن قال: لأني أنا أجيز المساقاة والمزارعة علىٰ حسب ما ورد به الأثر من أمر خيبر، فلم يَرِد إلا علىٰ هذا الوجه.

قيل له: ومِنْ أين قلتَ إن حالَ خيبر كان علىٰ ما قضيتَ مِن أن زَرْعها كان بين النخل؟

فإن ادعىٰ في ذلك روايةً ـ تعذَّر عليه إثباتها ـ فيقال له: هلاَّ استدللتَ بأمر خيبر علىٰ جواز المزارعة في الأرض البيضاء، إذ كانت خيبر في سَعَة أرضها، وكِبَرها، لا يخلو مِن أن تكون فيها أرضٌ بيضاء للزراعة، علىٰ حسب ما قد شاهدنا في البلدان الكبار ورَسَاتِيْقِها[1].

فإن مَنَعَ أن يكون في خيبر أرضٌ بيضاء، وزَعَمَ أن النخل قد كان طَبَّقَ أرضَها، حتىٰ لم يَبْق فيها أرضٌ بيضاء تُزْرَع علىٰ حيالها: كَابَر، وقيل له:

ما أنكرتَ ممَّن قال: إن أرض خيبر علىٰ قسمين: قسم منها كانت

(١) رساتيق: جمع رُسْتَاق: طرف الإقليم، كما في المصباح المنير (الرستاق).

نخلاً بلا زرع بينها، وقسم منها كانت أرضاً بيضاء، ولا نخل فيها، فلا أجيز المزارعة إلا في الأرض البيضاء، ولا أجيزها في الزرع بين النخل، لأن خيبر كذا كانت.

ثم لا تكون أنتَ أسعدَ بدعواك منه بدعواه هذه، بل دعواه هذه أقربُ إلىٰ الصواب، إذْ ليس يمتنع أن تكون النخل علىٰ حدَة، والزرع علىٰ حِدة في كثير من المواضع، ويمتنع أن يوجد كثير من الضياع[1]، والقرىٰ لا يوجد فيها أرض بيضاء للزراعة.

وإذا ثبت أن في أرض خيبر: ما كانت بيضاءُ تزرع علىٰ حيالها، ثم أعطاهم النبي صلىٰ الله عليه وسلم الجميعَ بنصف ما يخرج من ثمر أو زرع، فقد ثبت أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قد أجاز المزارعة بينه وبين أهل خيبر في الأرض، فينبغي أن يُجيزها، إذ لم يختلف الرواة أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم شَرَطَ عليهم نصف الثمرة، ونصف الزرع.

فإن قال قائل: ما ذكرتَ من تقسيمك أمرَ خيبر علىٰ وجهين، وأنهم إما أن يكونوا كانوا عبيداً مبقين علىٰ حكم الفيء، وأن مثل ذلك جائز فيما بيننا وبين عبيدنا.

أو أن يكون جَعَلَهم ذمةً، وأقرَّهم علىٰ أملاكهم إلىٰ مدةٍ ما، وأَخَذَ منهم شَطْر الثمار والزرع علىٰ وجه الجزية، فإنه قد ذكر فيه قسم ثالث يجوز أن يكون الأمر كان عليه.

---

(١) جمع: ضيعة، والضيعة هي العقار، والأرض المُغِلة، كما في القاموس المحيط (ضيع).

وهو ما رَوىٰ عُبَيْدُ الله بن عمر عن نافع عن ابـن عمـر «أن رسـول الله صلىٰ الله عليه وسلم قاتَلَ أهلَ خيبر حتىٰ ألجأهم إلىٰ قَصْرِهم، فغَلَبَ علىٰ الأرض، والـزرع، والنخـل، فقـالوا: يـا محمـد: دَعْنـا نكـون في هـذه الأرض، نُصْلِحها، ونقوم عليها»(١).

فجائز أن يكون أقرَّهم عليها علىٰ وجه الصلح.

قيل له: وأحسب الأمر كـذلك، فـإن مثلـه لا يكـون أصـلاً للمزارعـة والمساقاة فيما بين أهل الإسلام؛ لأنا نجيز مثـل هـذا الـصلح فيمـا بيننـا، وبين أهل الحرب.

وهذا الخبر يدل علىٰ صحة ما قلنا، مِن أن أَمْر خيبر ليس بأصلٍ فيمـا ذكرنا؛ لأنه صالَحَهم وهم متحصِّنُون، فَحَقَنَ دماءَهم بما شَرَطَ عليهم مـن نصف الثمار، وهذا أيضاً في معنىٰ الجزية.

وإذا كانت حال خيبر علىٰ ما وصفنا: لم يصح الاحتجاج به لمخالفنـا في المساقاة والمزارعة بين المسلمين.

* وما ذكره السائل مِن أن ورود أمر خيبر من جهة التواتر، وأنه لا يجوز الاعتراض عليه بأخبار الآحاد: فكلامٌ فارغٌ لا معنىٰ لـه؛ لأنَّـا لم نعلم أن أمر خيبر منسوخ، بل هو ثابت جائز إذا كان الحال مثـل حـال أهل خيبر، مِن أَخْذٍ علىٰ وجـه الجزيـة، أو علـىٰ جهـة حَقْـنِ دم مَـن حصل في أيدينا علىٰ وجه الفيء، أو علىٰ جهة الصلح بيننا وبين أهـل الحرب.

---

(١) سنن أبي داود ٤٠٨/٣، وسكت عنه، وكذلك المنذري في المختصر ٢٣٦/٤.

واستعملنا مع ذلك الأخبارَ الواردة في النهي عن المخابرة والمزارعة، ولم نُبطِلها لأجل ما ذكرنا مِن أمر خيبر، إذْ لو لم تَرِد هذه الأخبار التي فيها النهي، لما لَزِمَنا قياس عقود المسلمين في الإجارات علىٰ قصة خيبر، لِمَا بيَّنَّا أن كل واحد منها أصلٌ برأسه، لا يقاس علىٰ غيره.

* ومما يدل علىٰ أن أمر خيبر مخصوص في أهل الحرب، لا يُقَاس عليه سائر العقود التي فيما بين أهل الإسلام: أن القائلين بالمساقاة والمزارعة لم يقيسوا عليها جواز دفع الغَنَم إلىٰ الراعي بنصف ألبانها وأولادها.

ولو كان أمرُ خَيْبَر أصلاً في هذه العقود، لما اختلف حكم الغَنَم في دفعها إلىٰ الراعي بنصف النَّمَاء، ودفع النَّخْل إلىٰ العامِل بنصف الثمار.

وامتنع الشافعيُّ مِن إجارة المساقاة إلا في النخل والكَرْم، ولم يُجزْها في سائر الشَّجَر، وعلىٰ أن في الخبر أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم دَفَعَ إليهم الأموالَ بالنصف، وذلك يقتضي دخول سائر الشجر؛ لأنه يمتنع في العادة أن يخلو مثل خيبر ألاَّ يكون فيها شجر غير النخل، وظاهر ذلك يقتضي دخول الشجر في المساقاة لأهل خيبر.

وعلىٰ أن خيبر لم يكن فيها كُرُومٌ، وقد أجازها المخالِف علىٰ الكَرْم، فيلزمه مثله في سائر الشجر.

وأيضاً: لمَّا وافَقَنَا مالكٌ والشافعيُّ علىٰ بطلان المزارعة في الأرض البيضاء، وكان المعنىٰ فيها: شرطُ بعضِ الخارج بَدَلاً مِن عمله، وذلك موجود في المساقاة، وجب أن يكون مثلها، وتعدِّيها

أيضاً علىٰ سائر الشجر بهذه العلة علىٰ قول مَن لم يجزها إلا في النخل والكرم.

* وكذلك اتفاق الجميع[1] علىٰ بطلان دَفْع الغَنَم إلىٰ الراعي ببعض نَمَائها من الأولاد والألبان: يدل علىٰ بطلان المساقاة والمزارعة، إذْ كانت الجهالة التي مِن أجلها أبطلنا هذا العقد، موجودةً في المساقاة والمزارعة، وهي أنه شَرْطُ ما لا يُعْرَفُ مقداره، ويجوز أن يكون، وأن لا يكون.

فإن قال قائل من المجيزين للمزارعة فيما بين النخل، وأباها في الأرض البيضاء: لا يلزمنا ما ذُكِرَ من قياسها علىٰ الأرض البيضاء، لأنها تدخل حينئذ في المساقاة علىٰ وجه البيع، وقد يجوز أن يدخل في العقد علىٰ وجه البيع، ما لا يصح إفراده بالعقد، كما يقولون في حقوق الدار، وشِرْب الأرض أنها تدخل إذا اشتُرِيَتْ بحقوقها علىٰ وجه البيع في العقد، ولا يصح مع ذلك إفرادها.

قيل: لا يسقط عنك سؤالنا في لزوم قياس ما تحت النخل من الزرع علىٰ الزرع في الأرض البيضاء، لوجود العلة التي ألزمناك القياس عليها.

وليس لأن الشرب والحقوق تدخل في العقد علىٰ وجه البيع إذا بيع، ولم يجز بيعها علىٰ الانفراد، ما يجب أن يكون كذلك حكم الزرع بين النخل، إذ ليس هناك علة توجب الجمع بينهما من الوجه الذي ذكرت.

---

(١) المغني ٦/ ١٣.

ثم يقال له: فالعلة التي ذكرتَها في الشِّرب والحقوق، غير موجودة فيها؛ لأن هذه أتباعُ وحقوقُ الأرضين، وليست الأرض التي بين الأرض تَبَعاً للنخل.

ألا ترىٰ أنه لا يصح العقد علىٰ الحقوق والشِّرب علىٰ حيالها، ويصح عقد الإجارة علىٰ الأرض التي بين النخل علىٰ حِيالها، وكذلك سائر العقود، ولو عَقَدَ علىٰ النخل: لم تدخل الأرض التي بينها فيه.

فلما كان كذلك، لم يختلف حكمها وحكم الأرض البيضاء بلا نخل، وفارقتْ ما ذكرتَ من أمر الشِّرب وحقوق الدار.

فصل:

فإن قال قائل: هلا أجزتَ المساقاة والمزارعة قياساً علىٰ المضاربة.

قيل له: لأنا لا نقيس علىٰ المخصوص إلا أن تكون علَّة القياس منصوصاً عليها، إذ كانت الأصول تمنع منها، ولولا ورود السنة، والاتفاق لجواز المضاربة، فلا يجوز أن يكون أصلاً لِمَا وصفنا، لاتفاق الجميع[1] علىٰ أن جوازها غير مؤقتة، وكلٌّ من أجاز المزارعة والمساقاة، لم يجزها إلا مؤقتة، فعَلِمْنَا أن المضاربة شركة علىٰ وجه الإجارة، كشركة العِنَان ونحوها، وأن المساقاة والمزارعة إجارة، فلا تجوز إلا بأجر معلوم كسائر الإجارات.

ووجه آخر: وهو أنه لو شُرط في المضاربة أن يكون رأس المال والربح جميعاً بينهما نصفَيْن: فسدت المضاربة، ولو شُرط في المزارعة أن يكون لرب البذر مقدار البذر، ثم الباقي نصفين: لم تصح المزارعة،

(١) المغني ٥/١٨٥.

فعَلِمْنا أن المضاربة ليست بأصل للمزارعة والمساقاة، إذ ما صحَّ به أحدهما: بَطَلَ به الآخر، وما بطل به أحدهما: صح به الآخر.

فإن قال قائل: المساقاة مثل المضاربة؛ لأن الأصل يحصل فيهما جميعاً للدافع، ثم النماء والربح بينهما.

قيل له: فلو شُرِطَ في المساقاة قَلْع النخل واستبدالها بنخل آخر، وغرسها كما شرط في المضاربة التصرف في رأس المال واستهلاك عينه: لبطلت المساقاة عندك، فكيف يجوز أن تكون المضاربة أصلاً لها؟ ونفس ما انعقدت عليه المضاربة لا يجوز انعقاد المساقاة علىٰ مثله.

ويقال له: فلا تُجِز المزارعة في الزرع الذي بين أضعاف النخل، إذ كان بمنزلة المضارب إذا شُرِطَ له قسمة رأس المال مع الربح.

ثم يقال له: إن كانت المعاملة بمنزلة المضاربة لحصول الأصل لرب المال قبل قسمة الربح والنَّمَاء، فأَجِزْها في سائر الشجر، وفي دَفْع الغنم إلىٰ الرَّاعي ببعض أولادها لوجود العلة.

وعلىٰ أن الشافعي زَعَمَ في كتاب المزارعة[1] أنه إنما أجاز المقارضة[2] قياساً علىٰ المعاملة، وهذا قياس طريف ما أعلم أحداً من القائسين اهتدىٰ له!.

وذلك أن المقارضة أصلٌ قد أَقَرَّ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم الأمةَ

---

(١) من كتاب الأم ٤/ ١٢.

(٢) المقارضة: المضاربة، كما في القاموس المحيط (قرض)، والمصباح المنير (قرض).

عليها[1]، مع علمه بأنهم يتعاملون بها، كما أقرَّهم علىٰ الشركة، والوكالة، وسائر العقود التي لا يخلو منها أهل عصر، ثم نَقَلَت الأمة خَلَفاً عن سلف جوازَها، وتَرْكَ النكير علىٰ فاعليها، حتىٰ لو أن شاكّاً شكَّ في جوازها، أو في إباحتها مِن شريعة الرسول صلىٰ الله عليه وسلم: لكان مُرْتَكِباً لأمرٍ عظيم، يكاد يبلغ به انسلاخٌ مِن الدِّين.

والمعاملة علىٰ النخل قد اختَلَف الناس فيها، والأصولُ تُبْطِلُها، وهي فرعٌ لا يمكن مثبتوه[2] أن يَفْرُغُوا فيه إلىٰ أصل يرمون به إثباتَه، إلا ولمخالفهم ردُّه إلىٰ غيره، والاستشهادُ علىٰ إبطاله بسواه.

ولا خلاف بين الفقهاء مع ذلك أن القولَ في المساقاة طريقُه الاجتهاد في إثباتها وإبطالها، فقاس الشافعي المضاربةَ التي هي الأصل علىٰ المساقاة التي هي الفرع، ومِن حكم الفرع قياسها علىٰ الأصول.

وسبيل المختَلَف فيه أن يُرَدَّ إلىٰ المتَّفق عليه، فأما ردُّ الأصول إلىٰ الفروع، وقياس المتَّفق عليه علىٰ المختَلَف فيه، فهو قياسٌ غاصَ عليه الشافعي بلُطْف نظره، ما أظن أحداً سبقه إليه[3]!.

مسألة : [أقسام المزارعة]

قال أبو جعفر : (وقال محمد بن الحسن: المزارعة علىٰ أربعة أوجه،

(١) المغني ٥/١٣٥.

(٢) في الأصل: (مثبتيه).

(٣) رحم الله الجميع، وينظر في مقدمة تحقيق هذا الكتاب ما ذُكر حول ما يقع بين الأئمة رضي الله عنهم من كلام في معارك الجدال والنقاش العلمي، وأنه مغمور في بحور حسناتهم.

تصح في ثلاثة منها، وتبطل في الرابع.

فأما الثلاثة، فأحدها: أن يكون البَذْر من قِبَل المُزَارِع، والعمل والآلة كلها من قِبَل المزارع، فتجوز.

[أو يكون البَذْر من قِبَل ربِّ الأرض، والآلة كلها من قِبَل المزارع، فهذا وجه][(١)].

أو يكون البَذْر والآلة كلها من قِبَل رب الأرض، والعمل من قِبَل المزارع، فهذا وجه.

والوجه الرابع الذي لا تجوز فيه المزارعة: أن يكون البَذْر من قِبَل المزارع، والآلة من قِبَل رب الأرض، فلا تجوز).

قال أحمد: الأصل في ذلك أن يُنْظَر إلىٰ صاحب البذر، فنجعله هو المستَحِق للخارج، والآخر إما أن يكون مؤجِراً لأرضه أو لنفسه:

* فإذا كان البذر من قِبَل صاحب الأرض، فهو المستأجِر للعامل، فيجوز أن يَشْرِطَ الآلةَ من قِبَل رب الأرض؛ لأنه استأجر العامل وحدَه بغير الآلة، وهذا جائز.

ويجوز أن يشترط الآلة علىٰ العامل أيضاً؛ لأن العامل يحتاج في عمله إلىٰ آلة، ولا تكون الآلة مستأجَرة، إنما يدخل استعمال الآلة تَبَعاً للعمل، كما يُستَأجَر النَّجَّار لقطع الخشب، فالآلة علىٰ النَّجَّار تبعاً للعمل.

* وإن كان البذر من قِبَل العامل، فهو مستأجِرٌ الأرضَ، فيجوز شَرْط

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبته من المختصر ص١٣٣، وبهذا تصبح المزارعة أربعة أوجه.

الآلة علىٰ العامل؛ لأنه استأجر الأرضَ وحدها، ولا يجوز في هذه الحال شرط الآلة علىٰ رب الأرض، لأنه يصير مستأجِراً للآلة ببعض الخارج، ولا يجوز استئجار الآلة ببعض الخارج.

ولا تدخل الآلة في العقد تَبَعاً للأرض، كما تدخل في العمل علىٰ ما بيَّنَّا، فلذلك كان الأمر فيه علىٰ ما وصفنا.

قال أحمد: ومَن كان البذر من قِبَله، فما يستحقه من الخارج، فإنما يستحقه ببذره، لا بالشرط، ومَن لم يكن من قِبَله البذر، فإنما يستحق الخارج بالشرط دون غيره.

* ومتىٰ فسدت المزارعة، فالزرع كله لصاحب البذر، أيِّهما كان، وللآخر أجر مثله في أرضه إن كان البذر من قِبَل العامل، وإن كان من قِبَل رب الأرض، فللعامل أجر مثله في عمله.

ومتىٰ كان البذر مِن قِبَل رب الأرض، وفسدت المزارعة: لم يتصدق رب الأرض بشيء مما فَضَل من الزرع عن نفقته، لأنه بمنزلة مَن استأجر رجلاً إجارة فاسدةً علىٰ أن يعمل في أرضه، فلا يتصدق بشيء مما تخرجه الأرض.

وكمَن استأجر رجلاً ليعمل في ماله إجارة فاسدة، فلا يتصدق بالربح.

وإن كان المستحق للبذر هو العامل، أَخَذَ من الزرع قَدْر بذره، وقَدْر أجر الأرض، وتصدَّق بالفضل؛ لأنه بمنزلة مَن استأجر أرضاً إجارة فاسدةً، وزرعها، فعليه أن يتصدَّق بالفَضْل؛ لأن نفس المزارعة وقعت محظورة في أرض غيره، كمَن غصب أرضاً وزَرَعها، وكمَن اشترىٰ جاريةً بيعاً فاسداً، وباعها وربح فيها.

مسألة : [عُشْر الأرض العُشرية المستأجرة]

قال أبو جعفر : (وإذا استأجر أرضاً من أرض العُشْر[1] : فالعُـشْر علىٰ رب الأرض، وقال أبو يوسف ومحمد: هو في الخارج).

وجه قول أبي حنيفة: أن وجوب **العُشر** متعلِّق بمنفعة الأرض، وقد حصلت للمؤجِر، حيث استَحق بَدَلَها، فصار كأنَّ الخارج قد حصل له، فمَلَكَه غيره، فالعُشْر عليه.

ويدل عليه اتفاق الجميع[2] علىٰ أن الخراج علىٰ رب الأرض، فكذلك العُشْر، إذ كل واحد منهما وجوبه متعلق بمنفعة الأرض، ألا ترىٰ أن الغلَّة لو أصابَتْها آفةٌ اصْطَلَمَتْها[3]: لم يجب فيها خراج.

وليست الإجارة عنده كالعاريَّة، هو[4] في العارية علىٰ صاحب الزرع في قولهم؛ لأنه هو الذي حصلت له منفعة الأرض دون رب الأرض، إذ لم يستحق عنها بدلاً.

ووجه قولهما: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «فيما سَقَت السماء **العُشْر**»[5]، فأوجبه في نفس الخارج.

ولأن المؤجِر لم يحصل له قط ذلك الخراج، فلا يجب عليه **عُشر**.

---

(١) الأراضي العشرية: هي أرض العرب وما أسلم أهلُه طوعاً أو فُتح عَنوة، وقسم بين جيشنا، كما في الدر المختار ٤/١٧٦ مع حاشية ابن عابدين.

(٢) بداية المجتهد ١/٤٠١.

(٣) الاصطلام: الاستئصال، كما في مختار الصحاح (صلم).

(٤) أي العشر، والله أعلم.

(٥) صحيح البخاري ٣/٣٤٧.

مسألة : [أجرة استعمال الأرض المستأجَرة إجارة فاسدة]

قال أبو جعفر : (ومَن استأجر أرضاً إجارة فاسدةً، فاستعملها: فعليه الأقلُّ مما استأجرها به، ومِن أجر مثلها).

وذلك لأن التسليم غير مستَحَق في العقد الفاسد، ألا ترىٰ لو سُلِّم، ولم يسكن الدار: أنه لم يجب الأجر، فلا يجوز أن يستحق به المسمىٰ بالعقد؛ لأنه فاسد.

وإنما لزمه الأجر باستيفاء المنافع علىٰ وجه العقد، فإن كان المسمىٰ أقلَّ من أجر المِثل، فقد رضي المؤجِر بإسقاط الفضل، فلذلك لم يجب.

والفضل عن أجر المثل لا يُستَحَق إلا بالتسمية في عقد صحيح، فلذلك لم يزد علىٰ أجر المثل، ونُقِصَ عنه إذا كان المسمىٰ أقل.

والأصل في اعتبار قيمة المنافع عند فساد العقد علىٰ الوجه الذي ذكرنا: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أَيُّما امرأةٍ نُكِحَت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل، فإن دَخَل بها، فلها مهر مثلها بما استحل من فرجها، لا وكْس[1] ولا شَطَط»[2].

---

(١) الوكس: النقص، والشطط الجور، كما في النهاية ٥/٢١٩.

(٢) سنن أبي داود ٢/٥٦٦، سنن الترمذي ٣/٤٠٧ وقال: حديث حسن، سنن ابن ماجه ١/٦٠٥، وصححه الحاكم في المستدرك ٢/١٦٨، وابن حبان (موارد الظمآن) ص٣٠٥ (١٢٤٨)، وينظر نصب الراية ٣/١٨٤، والتلخيص الحبير ٣/١٥٦.

وقوله: «لا وكس ولا شطط»: ليس من هذا الحديث، بل جاء في حديث آخر، فيمن تزوج ولم يسم صداقاً، ثم مات فلها مهر مثلها، لا وكس ولا شطط، كما هو =

وهذا عندنا في الأَمَة تتزوج بغير إذن مولاها، فصار ذلك أصلاً في سائر العقود علىٰ المنافع إذا فسدت في وجوب اعتبار قيمتها، ولا نوجب الزيادة عليها وإن كانت التسمية أكثر منها؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يوجِبْها، وتُنْقَص منها إذا كانت التسمية أقل؛ لرضاهما بإسقاطه.

مسألة : [حكم التبن في المزارعة]

قال أبو جعفر : (قال محمد بن الحسن: التِّبْن في المزارعة لصاحب البذر دون الآخر.

قال: وروىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أن المزارعة لا تجوز حتىٰ يكون التبن مشروطاً لهما كالحَبِّ، فإن قَصَّرا عن ذلك: فالمزارعة فاسدة.

قال أبو جعفر : ثم وجدنا لمحمد بعد ذلك ما يدل علىٰ رجوعه عن قوله الذي ذكرناه عنه إلىٰ ما قال أبو يوسف في الإملاء، وهو الصحيح علىٰ أصله).

قال أحمد : وجه قول مَن جعله لربِّ البَذر، أن يجعله بمنزلة السَّعَف[1] والوَرَق، فيجوز إفرادها عن الشركة؛ لأنه غير مقصود بالزراعة، إنما هو تَبَعٌ لا حكم له، ولذلك جاز أن لا تُشرط الشركة فيه.

فأما وجه قول أبي يوسف: فهو أنه جَعَله بمنزلة صِنْفَيْن من البذر تُعقد

في سنن أبي داود ٢/٥٨٩، سنن الترمذي ٣/٤٥٠ وقال: حديث حسن صحيح.

(١) جمع: السعفة: غصن النخل، مختار الصحاح (سعف).

المزارعة عليهما، ولا يجوز إسقاط الشركة فيه.

ولأن التبن لمَّا كان خارجاً بزراعته: صار كالشجر والنخل إذا دفعها إليه، وشَرَط عليه غِراسها: فلا يجوز إلا أن يَشترط الشركة في نفس الشجر والثمر جميعاً، كذلك حكم الحَبِّ والتبن.

مسألة: [فساد إجارة الأرض للزراعة إن جُهِلَ ما يُزْرع]

قال أبو جعفر: (وإذا استأجر الرجل أرضاً للزراعة ولم يسم ما يَزْرع: فالإجارة فاسدة).

قال أحمد: وذلك لأن الزراعة تختلف فيما يوجب من نقصان الأرض، فتحصل المنفعة المعقود عليها مجهولة، كمَن استأجر دابة للحَمْل، ولم يسمِّ ما يَحمل عليها؛ لأن الحَمْل يختلف، فيقل ويكثر، وتختلف أيضاً علىٰ قدر الرزانة[1] والخِفَّة.

وليس ذلك بمنزلة مَن استأجر بيتاً، ولم يسمِّ ما يَجعل فيه، فتجوز، ولا يجعل فيه حدَّاداً، ولا قصَّاراً، ولا طحَّاناً؛ لأن هذه الأشياء مستثناة من إطلاق العقد علىٰ منافع البيت والعرف والعادة، وما عدا ذلك من المنافع: فليس بمختَلِف، فلذلك جازت الإجارة.

وأما الزراعة، والحَمْل، فليس يختص في العرف بشيء دون شيء، فتناول العقدُ جميعَ ما يقع عليه الاسم منه، وهو مجهول مختَلِف، فبطل.

* **قال**: (فإن زَرَعَها: فعليه الأجر المسمَّىٰ).

وذلك لأن العقد انتظم كلَّ صِنْفٍ من أصناف الزرع، لعموم اللفظ،

---

(١) شيء رزين: أي ثقيل، مختار الصحاح (رزن).

وأبطلناه للجهالة، فإذا زرع زالت الجهالة، وحَصَلَ معلوماً، فجاز.

ألا ترىٰ أن الشراء برأس المال، وبالرَّقْم[1] لا يجوز؛ لأجل الجهالة، فإذا عُلِمَ رأس المال: جاز لزوال الجهالة، وحصوله معلوماً.

* * * * *

(١) التاجر يرقم الثياب: أي يعلمها بأن ثمنها كذا، ومنه لا يجوز بيع الشيء برَقْمه، المغرب ١/٣٤٣.

كتاب أحكام الأرض المَوَات

مسألة : [خراب الأرض لا يُزيل ملكها عن صاحبها]

قال أبو جعفر : (وكل أرض يملكها مسلم أو ذمي لا يَزُول ملكه عنها بخرابها).

وذلك لأنه مِلْكٌ صحيح، فلا يزول عمَّن هو له إلا بالسبب الموجِب لزواله؛ لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يَحِلُّ مال امرىءٍ مسلمٍ أو ذمي إلا بطيبةٍ من نفسه»[1].

مسألة :

قال : (وما قَرُبَ من العامر : فليس بموات).

وذلك لأنه فِنَاءٌ للعامر، ومِن مرافقه، ففيه حقُّ مالكِ العامر، وما كان فيه حق الغير: فليس بمَوَات.

مسألة : [تعريف الموات]

قال : (وما بَعُدَ منه، ولم يُمْلَك قَبْل ذلك: فهو مَوَات.

قال: وذكر أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أن المَوات هو الذي إذا وَقَفَ رجل علىٰ أدناه من العامر، فنادَىٰ بأعلىٰ صوته: لم يَسمَعْه أقربُ مَن في العامر إليه).

---

(١) تقدم، ولكن ليس فيه لفظ: (أو ذمي).

قال أحمد : المَوات هو: الذي لا حَقَّ فيه لآدميٍ بعَينه، ومتىٰ كان فيه حقٌّ لقوم بأعيانهم: لم يكن مَواتاً.

فما كان مِن فِناء قرية، أو مَرعاها، أو مُحتَطَبِها، فأهل القرية أَوْلىٰ بها من سائر الناس، وحقُّهم في الانتفاع به دون مَن سواهم ثابت، فلا يكون مَواتاً، كما أنها لو كانت مِلكاً لهم: لم تكون مَواتاً.

والذي ذكره عن أبي يوسف، إنما هو اجتهاد في إيجاب الفرق بين فِناء القرية، وما ليس بفِناء لها.

مسألة : [إذن الإمام في إحياء الأرض]

قال : (وقال أبو حنيفة: ليس لأحدٍ أن يحييَ أرضاً مَواتاً إلا بأمر الإمام، ولا يَملكه إلا بتمليك الإمام إياه ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: مَن أحيا مواتاً من الأرض فقد مَلَكَه بذلك، أَذِنَ له الإمام في ذلك، أو لم يَأْذَن له فيه).

لأبي حنيفة: ما روىٰ معاذ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفسُ إمامه»[1]، وقد ذكرنا إسناده في باب السِّيَر مِن هذا الكتاب[2].

---

(١) رواه الطبراني في المعجم الكبير والأوسط، وفيه عمرو بن واقد، وهو متروك، كما في مجمع الزوائد ٥/٣٣١، ورواه إسحاق بن راهويه في مسنده، وذكره البيهقي في المعرفة، ثم قال: وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه، وراويه عن مكحول مجهول، وهذا إسناد لا يحتج به، كما في نصب الراية ٣/٤٣١، وقد ورد هذا الحديث في قصة مذكورة في نصب الراية وغيره.

(٢) كما سيأتي، وقد ذكر الحديث وإسناده أيضاً في أحكام القرآن ٣/٥٣.

وذلك عامٌّ في كل شيء إلا ما قام دليله.

وأيضاً: فإن حقَّ جماعة المسلمين قائمٌ في المَوات، فلا يجوز لأحدٍ أن يختصَّ به دون غيره إلا بإذن الإمام.

كما أن بيت المال لمَّا لم يكن له مالِكٌ بعَيْنه، وتساوىٰ المسلمون في ثبوت حقوقهم فيه: لم يكن لأحد أن يختص بشيء منه إلا بإذن الإمام، فإذا مَلَّكَه الإمام شيئاً مما في بيت المال: مَلَكَه، كذلك إذا مَلَّكَه الأرض الموات.

فإن قيل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَن أحيا أرضاً ميتة فهي له»[1].

قيل له: لا يكون الإحياء مع ثبوت حق الغير فيها.

والدليل عليه: أنها لو كانت مَواتاً ملكاً لقوم، أو فِناءً لقرية، أو طريقاً للناس، فأحياها: لم يكن ذلك إحياءً موجِباً لاستحقاق الملك، فعلمنا أن ثبوت حق الغير فيها يمنع صحة الإحياء.

كذلك أرض الموات، لما تساوىٰ الناس كلهم في ثبوت الحق فيها: لم يصح الإحياء إلا بإذن مَن ينوب عنهم في ذلك، ويقوم مقامهم، وهو الإمام.

وأيضاً: يحتمل أن يكون الخطاب خَرَجَ علىٰ أرضين مخصوصة، جَعَلَها النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم لقومٍ بأعيانهم، وأَمَرَهم بإحيائها، كقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن دخل دارَ أبي سفيان فهو آمِن، ومَن أغلقَ بابه

(١) سنن أبي داود ٣/٤٥٤، سنن الترمذي ٣/٦٦٣، وقال: حديث حسن صحيح.

فهو آمِن»[١]، ونحوه من الكلام الخارج عن سبب مقصورٍ الحكم عليه.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلىٰ ظاهر الحديث.

مسألة : [ما لا يُقْطِعه الإمام]

قال أبو جعفر : (ولا ينبغي للإمام أن يُقْطِع ما لا غنَىٰ بالمسلمين عنه، كالبحار التي يشربون منها، والملح الذي يمتارون منه)[٢].

قال أحمد : يعني بالبحار: الآبار، كذا يسميها أهل مِصر، وإنما كان كذلك، من قِبَل أن في إقطاعه إياها ضرراً علىٰ الناس، ولا يجوز له إدخال الضرر عليهم بإقطاعها، وقَطْع حقوقهم عنها، كما لا يجوز أن يُقْطِعَ أملاكهم، وسائر حقوقهم.

وليس ذلك كالأرض الموات؛ لأنه لا ضرر علىٰ الناس في إقطاع الموات.

مسألة : [مدة إحياء الإقطاع]

قال أبو جعفر : (ومَن أقطعه الإمام، فإن تَركَها ثلاثَ سنين لم يعمرها: بَطَلَ إقطاع الإمام إياه).

وذلك أن الإمام إنما يُقْطِع الموات، ويَقْطَع عنها حق سائر المسلمين، ليحييها المُقْطَع له، وليعمرها، وليكون الحق الواجب فيها من العُشر أو الخراج عائداً علىٰ المسلمين، ولا يُقْطِعُه لتملُّكه من غير إحياء.

---

(١) صحيح مسلم ٣/١٤٠٧-١٤٠٨.

(٢) الميرة بالكسر: الطعام يمتاره الإنسان، وقال الأصمعي: يقال: ماره يموره: إذا أتاه بميرة أي بطعام، كما في تاج العروس (مير).

و«قال عمر بن الخطاب لبلال بن الحارث وقد كان النبي صلىٰ الله عليه وسلم أقطع لبلالٍ العقيقَ[1] أَجْمَع: إن رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم لم يُقْطِعْكَ إلا لتعمل، ولم يُقطعك لتحتجزه عن الناس، فأقطع عمرُ الناسَ العقيقَ»[2].

* وإنما جَعَلَ المدة في ذلك ثلاث سنين؛ لما روي عن عمر أنه قال: «ليس لمحتجرٍ بعد ثلاث سنين حق»[3].

مسألة: [الأرض المحياة بماء المطر عشرية]

(ومَن أحيا أرضاً فكانت تسقىٰ بماء المطر: فهي أرض عُشْر).

---

(١) العقيق بفتح العين: واد عليه أموال أهل المدينة، قيل علىٰ ميلين منها، وقيل علىٰ ثلاثة، وهما عقيقان، أدناهما: عقيق المدينة وهو أصغر وأكبر، فالأصغر فيه بئر رومة، والأكبر فيه بئر عروة، والعقيق الآخر علىٰ مقربة منه، كما في مشارق الأنوار ١٠٨/٢، وفاء الوفا ١٠٣٩/٣.

(٢) المستدرك للحاكم ٤٠٤/١ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، سنن البيهقي ١٤٩/٦.

(٣) الخراج لأبي يوسف ص٧١ قال الزيلعي في نصب الراية ٢٩٠/٤: «رواه أبو يوسف في كتاب الخراج حدثنا الحسن بن عمارة عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: قال عمر...»، والحسن بن عمارة: ضعيف، وسعيد عن عمر فيه كلام.اهـ قال ابن حجر في الدراية ٢٤٤/٢: إسناده واه.اهـ، لكن أبا يوسف أخرجه من طريق آخر، قال حدثني محمد بن إسحاق عن الزهري عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب قال...».

وأخرجه ابن زنجويه في الأموال ٦٤٤/٢ بلفظ آخر، بسند مرسل رجاله ثقات، كما في الدراية ٢٤٥/٢.

لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «فيما سقت السماء العُشر»[١].

مسألة : [الأرض المحياة بماء النهر]

قال : (ومَن أحياها بماء نهر ساقه إليها، فإنَّ أبا يوسف قال: حكمه حكم الأرض التي فيها ذلك النهر، فإن كانت مِن أرض الخراج: فهو مِن أرض الخراج، وإن كانت مِن أرض العشر: فهو من أرض العشر.

وقال محمد: إن أحياها بماء الأنهار العِظام التي لله، كالنيل والفرات ونحوها: فهي من أرض العشر، وإن ساق إليه من نهر حَفَرَه الإمام من مال الخراج: فهو من أرض الخراج).

قال أحمد : إذا أحيا بماء نهر حَفَرَه الأعاجم، فهو أرض خراج أيضاً عند محمد.

* وإنما الخلاف فيما أُحْيِيَ بماء دِجلة والفرات والأودية العِظام، التي ليست بمحفورة:

فجعلها أبو يوسف من أرض الخراج إذا كان النهر بين أرض الخراج.

وجعلها محمد أرض العشر.

* وكذلك قال أبو يوسف فيما استُخرج من أرض الجبال من بئرٍ، أو قناة: فهي خراج؛ لأنه هكذا تستخرج أرض الجبال. رواه ابنُ سَمَاعة عن أبي يوسف.

وقال محمد: هي أرض عُشْر في أي أرض كانت، إذا أحييت ببئر

---

(١) تقدم.

أو قناة استُخرجت.

فأما وجه قول أبي يوسف في مسألة أبي جعفر التي ذكرها فيما أُحيي بنهر من أرض الخراج: فلأن النهر إذا كان مِن أرض الخراج، فقد ثبت الحق فيه لكافة المسلمين، كما ثبت في الأرضين أنفسها، فلا ينتقل عنه.

ألا ترىٰ أن المسلم إذا اشترىٰ أرضَ خراج، لم تَنتقل عن الخراج إلىٰ العشر، كذلك ما أُحيي بماء الخراج.

ووجه قول محمد: أن هذه الأودية العِظام غير مملوكة لأحد، فهي غير مظهور عليها، ولا اعتبار بكونها في أرض الأعاجم أو غيرها، وإنما الواجب اعتبار حال المحيي لها، فإن كان مسلماً: فعليه العشر، وإن كان ذمياً: فعليه الخراج.

ويدل عليه: أن أرض البصرة عشرية[1]، وإنما أحييت في زمن الصحابة بماء دِجلة، وجعلوا فيها العُشر، فصار ذلك أصلاً في نظائره.

* وأما ما أُحيي من الأرضين ببئر أو قناة، استخرجها المحيي، فإن محمداً جعلها أرض عُشر في أي موضع كان، من قِبَل أنه لم يتقدم في الموضع، ولا في الماء الذي أحيي به وجوبُ حقٍ لأحد، وإنما يحتاج إلىٰ أن يبتدئها الآن بالحق، وهو مسلم، والحق الذي يُبْتدأ به المسلم هو العُشر؛ لأنه صدقة، ولا يُبتدأ المسلم بالخراج؛ لأنه فَيء.

(١) الأموال لأبي عبيد ص٩٢.

مسألة : [بيع أرض الخراج]

قال أبو جعفر : (ويجوز بيع أرض الخراج، وتُورث، وتُملك).

وذلك لأن عمر مع جماعة من الصحابة اتَّفقوا علىٰ إقرار أهل السواد علىٰ أملاكهم بعد فتحها عَنوة[١]، وقد اشترت الصحابة أرضَ الخراج، وتبايعوها من غير نكيرِ أحدٍ[٢] منهم، فصار ذلك إجماعاً منهم في صحة الأملاك فيها.

وإنما كره بعضهم[٣] شراءَها للمسلم؛ لأنه كان عنده أن الخراج لما وُضِعَ موضع الجزية، كان مشتَبِهاً لما هو مأخوذ علىٰ وجه الصَّغَار والذِّلَّة، فكرهوا أن يُدخِل نفسَه في التزام الصَّغَار.

قال أحمد : وليس ذلك عندنا بصَغَار، لأن الصَّغَار إنما هو جزية الرؤوس، وليس الخراج بمنزلتها.

والدليل عليه: أن علياً وعمر رضي الله عنهما قالا فيمن أسلم علىٰ أرض الخراج: أن عليه الخراج[٤]، ولم يختلف المسلمون أن مَن أسلم من أهل الجزية: سقطت عنه الجزية[٥].

---

(١) كما في الأموال لأبي عبيد ص٦٩.

(٢) كما في الأموال لأبي عبيد ص٨٦.

(٣) أي بعض الصحابة رضي الله عنهم، كما أسند إليهم ذلك أبو عبيد في كتاب الأموال ص/ ٨٠.

(٤) الأموال ص٨٨.

(٥) قال الترمذي في سننه ٣/ ٢٧: «والعمل علىٰ هذا عند عامة أهل العلم».

مسألة : [حريم النهر]

قال : (وكان أبو حنيفة لا يرىٰ للنهر حريماً[١]).

ويجعل المَسْنَاة[٢] لصاحب الأرض التي فيها النهر، إلا أنه ليس له أن يهدمها، لِمَا فيه من الضرر علىٰ صاحب النهر.

(وقال أبو يوسف ومحمد: النهر لا بدَّ له من مَلقىٰ طين وغيره، فاحتاج إلىٰ حريم، كالبئر).

مسألة : [حريم البئر]

قال : (وحريم بئر العَطَن[٣]: أربعون ذراعاً، إلا أن يتجاوز الحَبْلُ ذلك، فيكون له إلىٰ ما تناهىٰ الحبل).

وذلك لأنه لا يصل إلىٰ الانتفاع بها إلا من هذا الوجه، إذ كان سبيلها أن يُستقىٰ منها بالإبل، فينبغي أن يكون حريمُها مقدارَ الحَبْل إذا احتيج إلىٰ ذلك.

وإن اكتُفي بدونها: كان له أربعون ذراعاً؛ لأنا لو لم نجعل له ذلك، أدَّىٰ إلىٰ بطلان الانتفاع بها؛ لأنه كان يكون لآخر أن يحفر بئراً إلىٰ جَنْبها، أو يحيي الأرض التي تلاصق البئر، فيمنع الانتفاع بها، والاستقاء منها،

---

(١) حريم الشيء: ما حوله من حقوقه ومن أُفقَيْه، كما في المصباح المنير (حرم).

(٢) حائط يبنىٰ في وجه الماء، ويسمىٰ السد، المصباح المنير (سنن).

(٣) العَطَن والمَعطن: مُناخ الإبل ومَبْركها حول الماء، وقولهم: حريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون، فإنما أضيف ليفرّق بين ما يُستقىٰ منه باليد في العطن، وبين ما يستقىٰ منه بالناضح، وهو البعير، كما في المغرب (عطن) ٢/٦٨.

فمِن أجل ذلك احتاجت إلىٰ الحريم.

* وقدَّروه أربعين ذراعاً، لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام في تقديره[١].

ولجريان العادة بمثله في كثير من المواضع التي يُحفَر فيها آبار للماشية.

* **قال**: (وحريم بئر النَّاضِح: ستون ذراعاً).

وقد روي فيه أيضاً أثر[٢] عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، والحريم في مثل ذلك مقدارُه الحاجةُ إليه للسقي.

مسألة: [حريم العين]

وأما حريم العَيْن، فإنما جَعَلَه خمس مائة ذراع علىٰ ما ذكره أبو جعفر؛ لأن العين تُحفَر حواليها آبار ليجتمع ماء جميعِها في العَيْن، وليس يُؤْمَن مع ذلك أن يحْفِرَ إنسانٌ بقُرْبها بئراً أو عيناً، فيذهب بماء العين، فلذلك جُعِلَ حريمها خمس مائة ذراع.

وهذه المقادير اجتهاد، وقد روي في جميعها عن النبي صلىٰ الله عليه

---

(١) روي في ذلك عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أحاديث عدة، وفيها اختلاف في تقدير الحريم، وللعلماء كلام طويل في ضعفها والكلام عليها. ينظر نصب الراية ٢٩١/٤، التلخيص الحبير ٦٣/٣، البناية للعيني ٤٣٥/٩، سنن البيهقي ١٥٥/٦.

ولم يذكرها الجصاص والله أعلم لما فيها من كلام طويل، ورجح أن تقدير الحريم عائد للاجتهاد، وحسب الحاجةِ إلىٰ مساحة يستطاع فيها السقي.

(٢) ينظر الحاشية السابقة.

وسلم آثار[١].

مسألة : [حق الانتفاع بماء البئر في أرض الغير]

قال أبو جعفر : (ومَن كان في أرضه بئر أو عين، فله مَنْع الناس مِن دخول أرضه، إلا أن يكون بالناس إلىٰ ذلك حاجة، ولا يجدون ماء مِن غيرها، فيكون عليه إباحتُهم ماءَها لِشفَاهِهِم[٢]، ومواشيهم، وليس عليه إباحتُه لزروعهم).

قال أحمد : وذلك لقول رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «الناسُ شركاءُ في ثلاثة: في الكلأ والماء والنار»[٣].

فإذا وَجَدوا غيرَه: كان له مَنْعُهم من دخول أرضه، وإذا لم يجدوا غيره: كانوا متساوِين في الانتفاع بالماء الذي فيها، ولم يكن له مَنْعهم منها.

وقد روي «أن قوماً مَرُّوا بالماء، فأرادُوا أن يستقوا، فَمَنَعَهم أهلُ

---

(١) ينظر الحاشية قبل السابقة.

(٢) الشافه: العطشان لا يجد من الماء ما يبل به شفته، تاج العروس (شفه)، والسافه بهذا المعنىٰ: شديد العطش، تهذيب اللغة ٦/١٣١، تاج العروس (سفه)، وفي المغرب ١/٤٤٩: «يقال: هم أهل الشفة: أي الذين لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا دوابهم».

(٣) بلفظ «الناس شركاء...»: في الأموال لأبي عبيد ص٢٧١، وبلفظ: «المسلمون...»: في سنن أبي داود ٣/٧٥١، سنن ابن ماجه ٢/٨٢٦، وقد بيَّن ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٦٥ أن له عدة طرق، منها ما صححه ابن السكن، ومنها عند الطبراني بسند حسن.

الماء، فأخبروا عمرَ بن الخطاب بذلك، فقال: هلاَّ وَضَعْتُم فيهم السِّلاَح»[١].

وروي «أن رجلاً سأل النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله! ما الشيء الذي لا يحل مَنْعُه؟ قال: الماء»[٢].

* وقال: وإنما لم يكن لهم أن يَسْقُوا منه زرْعَهم إلا بإذن مالك الأرض؛ لأنه فيه خوف التَّلَف علىٰ النَّفْس.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم للزبير: «احبِسْ حتىٰ يبلغ الجَدْر[٣]، ثم أَرْسِلْه»[٤].

مسألة : [بيع ماء النهر أو البئر]

قال أبو جعفر : (وليس لأحدٍ بيعُ ما في نهر أو بئر).

وذلك لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه «نهىٰ عن بيع

---

(١) لم أهتد إليه بهذا اللفظ، لكن في سنن البيهقي ١٥٣/٦ أن رجلاً أتىٰ أهل ماء فاستسقاهم، فلم يسقوه حتىٰ مات عطشاً، فأغرمهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدية.

(٢) سنن أبي داود ٧٥٠/٣ وسكت عنه، وقد رواه من حديث بهيسة عن أبيها، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٦٥/٣: «أعله عبد الحق، وابن القطان بأنها لا تُعرف، لكن ذكرها ابن حبان وغيره في الصحابة».

(٣) الجَدْر: بفتح الجيم وسكون الدال المهملة: المَسْناة، وهو ما رُفع حول المزرعة كالجدار، النهاية ٢٤٦/١، فتح الباري ٣٧/٥.

(٤) صحيح البخاري ٣٤/٥، ٢٥٤/٨ (٤٥٨٥)، صحيح مسلم ١٨٢٩/٤.

الماء»[١]، رواه جابر، وعبد الله بن عمر، وإياس بن عبدٍ المُزَني عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

ويدل عليه قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «الناس شركاء في ثلاثة: الكلأ والماء والنار»[٢].

مسألة : [تَملُّك ما أُخِذَ من ماء النهر أو البئر]

قال : (فإن أَخَذَ من ماءِ بئرٍ غيره، أو مِن نهره: فقد مَلَكَه، وليس لصاحب النهر والبئر أَخْذه منه، وكذلك الكلأ والنار).

وذلك لأن الماء في موضعه من البئر والنهر ليس بملكٍ لأحد، بل هو مباح، بدلالة أنه يأخذه عند الحاجة بغير بدل.

ولقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «الناس شركاء في ثلاثة»، ونهيه عن بيع الماء.

فمَن أَخَذَه فهو له كسائر المباحات التي ليست بأملاك، وهو في هذا الوجه كالكلأ إذا نَبَتَ في أرضِ رجل، فمَن أَخَذَه فهو له[٣].

وكذلك الصيد إذا انْكَسَرَ في أرض رجل، أو السمك إذا اصطاده مِن جهةٍ لرجل، فهذا كله لآخِذِه؛ لأنه مباح الأصل، لم يتقدَّم فيه مِلْكٌ لأحد.

وجهة وقوع الملك فيه أَخْذه وحيازته، فإذا مَلَكَه: انقطع حق سائر

---

(١) صحيح البخاري ٣١/٥، صحيح مسلم ١١٩٧/٣.

(٢) تقدم.

(٣) وهذا في ظاهر الرواية، كما في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة/ ٣٧.

الناس عنه، فجائزٌ بيعه كسائر المملوكات.

ولا خلاف في جواز بيع الماء الذي أحرزه صاحبه في إناء، وبيع الكلأ المحرَز.

مسألة : [تملُّك ما أُخِذَ من الكلأ والنار]

قال : (وكذلك الكلأ والنار).

فهما في ذلك كالماء سواء، لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم من قوله: «الناس شركاء في ثلاثة»[1].

* * * * *

(١) تقدم.

فهرس الموضوعات

* * * * *